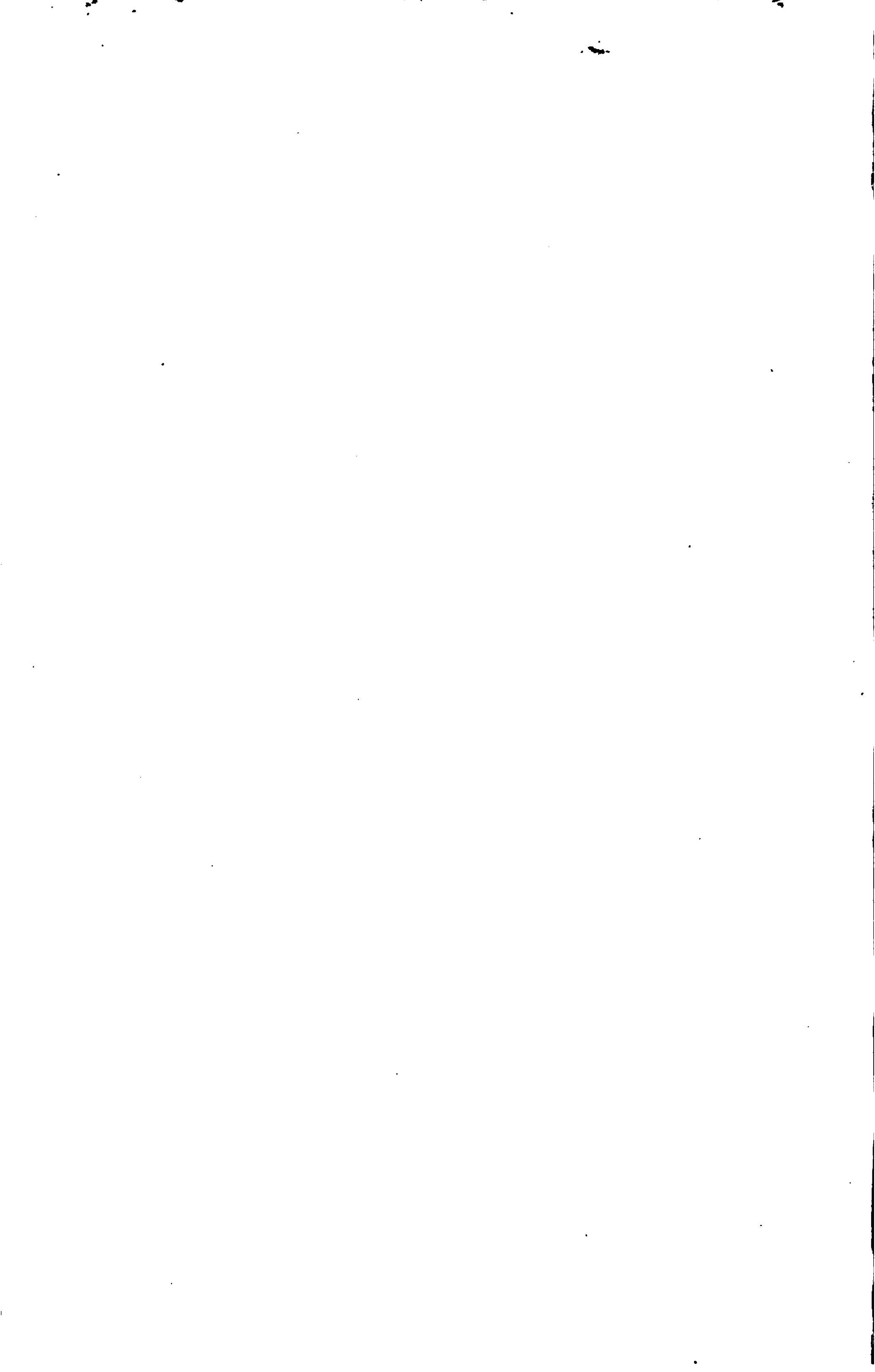

3 2044 103 214 334


SIGILLVM ACADEMIAE HARVARDIANAE IN NOV ANG
CHRISTO ET ECCLESIAE
VE RI TAS



Germany



ZUR REVISION

DER

LEHRE VOM GLÄUBIGERVERZUGE.

VON

DR. PAUL HIRSCH,
AMTSRICHTER IN ALT-LANDSBERG.



LEIPZIG,
VERLAG VON DUNCKER & HUMBLOT.
1895.

Vorwort.

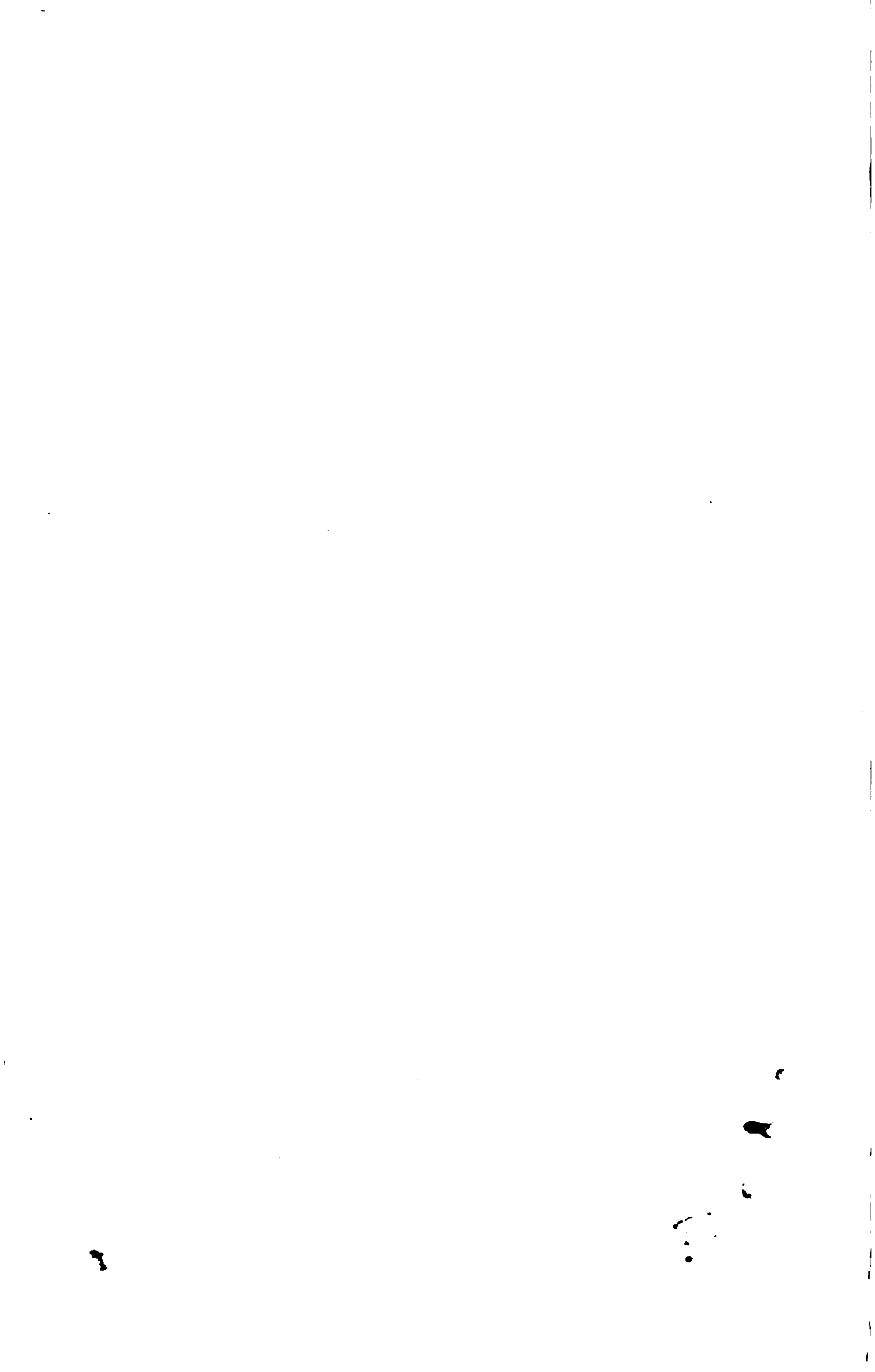
Das Recht des Gläubigerverzuges ist, soweit wir sehen, in neuester Zeit zuletzt von Kohler in seinem in den Jahrbüchern für Dogmatik, Jahrgang 1879, publizierten Aufsatz über Annahme und Annahmeverzug und von Schey in seiner im Jahre 1884 erschienenen Schrift über Begriff und Wesen der Mora Creditoris im österreichischen und im gemeinen Rechte monographisch erörtert worden. Es darf aber als Aufgabe der Wissenschaft angesehen werden, die Einzelmaterien von Zeit zu Zeit immer von neuem zum Gegenstande der Erörterung zu machen und die früher gewonnenen Resultate einer Nachprüfung zu unterziehen. Dies gilt besonders auch für die Rechtswissenschaft. Denn das positive Recht, auch wenn es kodifiziert ist, bildet nicht etwa eine starre leblose Masse, sondern befindet sich, insofern es praktisch angewendet wird, in dauerndem Fluſs und unterliegt einer steten Entwickelung. Demnach dürfte eine Arbeit, welche zur Revision der Lehre vom Gläubigerverzuge beizutragen bezweckt, wie wir hoffen dürfen, den Vorwurf der Unzeitgemäſsheit wenigstens nicht zu fürchten haben.

Die theoretische Erörterung des Civilrechts oder von Materien desselben wird heute in Anbetracht des besonderen

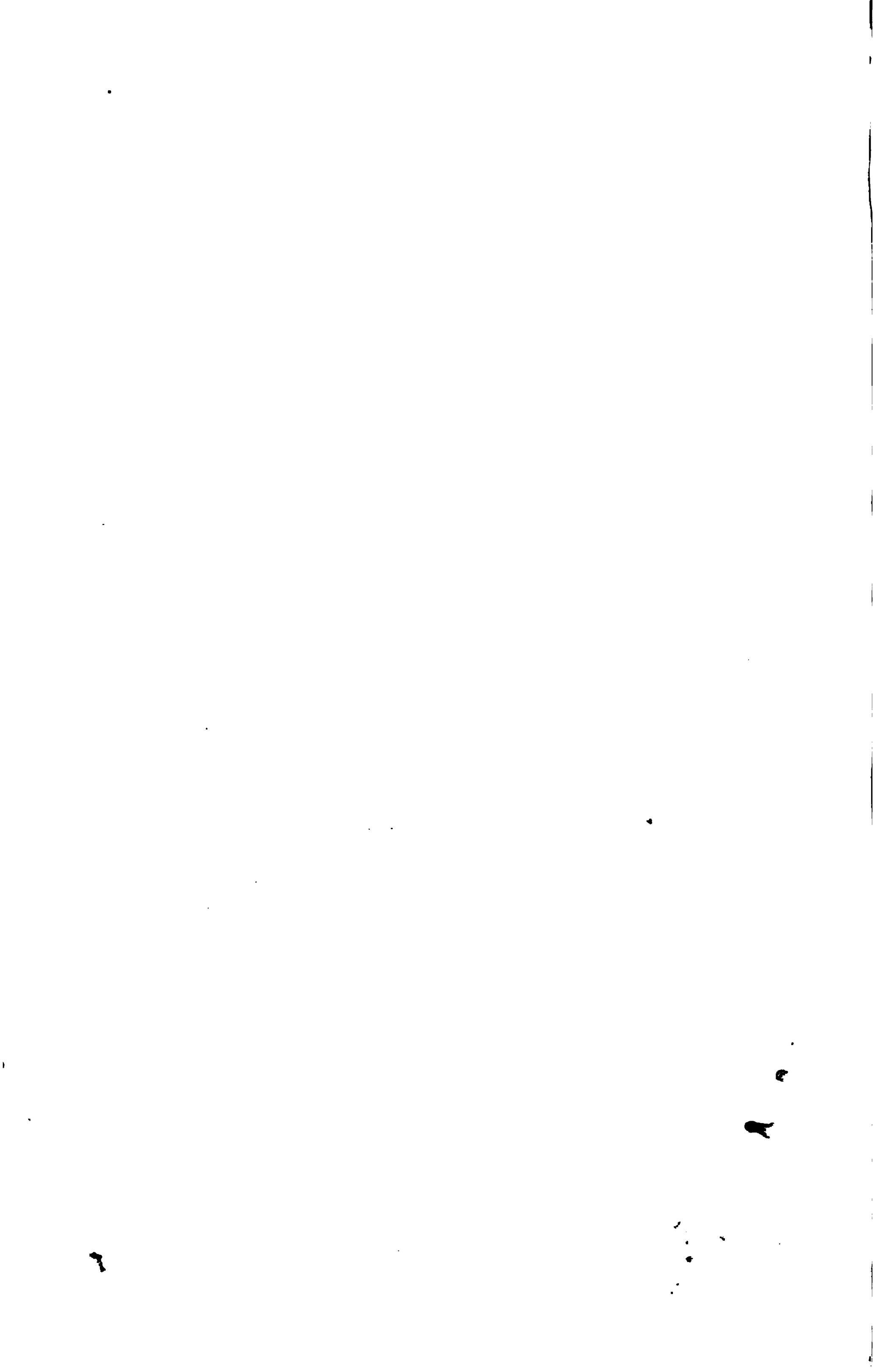
Charakters der Periode des nationalen Rechtslebens, in welcher wir stehen, gegenüber dem zu behandelnden Gegenstande eine wesentlich andere Stellung einzunehmen haben, als zu jener Zeit, da die Bestrebungen auf Herstellung eines einheitlichen deutschen Civilrechts noch nicht zur Schaffung des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich geführt hatten. So unzweifelhaft die Detailvorschriften eines bestimmten positiven Rechts so lange praktische Bedeutung besitzen, als das Recht selbst in gesetzlicher Geltung steht, so wird doch wissenschaftlich die Erörterung der ganzen Fülle der Einzelbestimmungen in einem Zeitpunkt, in welchem die Erreichung des in Schaffung eines neuen Rechts bestehenden Ziels in greifbare Nähe gerückt ist, nur verminderte Bedeutung in Anspruch nehmen können. Dies ist speziell auch hinsichtlich der wissenschaftlichen Behandlung des gemeinen Rechts zur heutigen Zeit der Fall. Wenn man dagegen das noch geltende Recht, resp. eine bestimmte Materie desselben in der Weise erörtert, daſs die Prinzipien und Grundfragen zum Gegenstande der Untersuchung gemacht werden, so wird man, zumal wenn zugleich die groſsen neueren Kodifikationen des Civilrechts und die Entwürfe von solchen in rechtsvergleichender Darstellung mit herangezogen werden, hoffen dürfen, zu Resultaten zu gelangen, welche auch heute noch von erheblichster Bedeutsamkeit sind. Denn der Entwurf des deutschen bürgerlichen Gesetzbuchs beruht nicht etwa auf naturrechtlichen Theorien, sondern stellt vielmehr trotz weitgehender Rücksichtnahme auf praktische Erwägungen den Abschluſs einer Entwickelungsreihe dar, deren einzelne Glieder von dem gemeinen Recht und den neueren Legislationen und Legislationsversuchen gebildet werden; daher wird es nur auf diesem zugleich Rückblick und Ausschau eröffnenden Wege gelingen können, die dem Entwurf zu Grunde liegenden

Rechtsgedanken völlig zu durchdringen und zu erfassen. In diesem Sinne bemerkt DERNBURG (Pandekten Bd. I S. 3) durchaus zutreffend, daſs die wissenschaftliche Subsidiarität, welche das gemeine Recht, auch soweit es bereits in deutschen Landen gesetzliche Geltung verloren hat, noch immer besitzt, demselben auch neben unserem zukünftigen Civilrecht nicht fehlen wird.

Von diesen Erwägungen aus ist auf den folgenden Blättern der Versuch unternommen worden, zur Aufhellung der die mora creditoris betreffenden Fragen beizutragen. Daſs hierbei die prinzipiellen Fragen vorangestellt sind, dem Detail der Lehre nur verminderte Beachtung geschenkt worden ist, und die Einzelbestimmungen dieser Materie eigentlich nur im Anschluſs an den Deutschen Entwurf eingehendere Besprechung gefunden haben, dürfte nach vorstehendem gerechtfertigt erscheinen.



Inhaltsverzeichnis.



I.

Der Thatbestand des Gläubigerverzuges.

§ 1.

Dafs die Lehre von der Annahme obligatorischer Leistungen, bezw. der Mitwirkung des Gläubigers bei der Erfüllung von Obligationen, ziemlich im argen liege, wird von KOHLER in seiner glänzend geschriebenen Abhandlung über Annahme und Annahmeverzug in den Jahrbüchern für Dogmatik Bd. 18 S. 261 ff. nicht mit Unrecht ausgesprochen, und es darf behauptet werden, dafs KOHLER an Scharfsinn in der Kombination, Weite des Blicks und Tiefe der Auffassung alle diejenigen, die sich vor ihm mit dieser Materie ex professo litterarisch beschäftigt haben, weit überrage. Und doch ist auch der Zweifel gestattet, ob diesem Schriftsteller die Lösung der Frage, welche er selbst zutreffend als diejenige nach dem Charakter des Mitwirkungsaktes des Gläubigers bei Lösung eines Obligationsnexus durch Erfüllung bezeichnet, gelungen ist. Wenn KOHLER den Satz, dafs bei Obligationen der Gläubiger nur Rechte und keine Pflichten habe, mit äufserster Energie zum Angelpunkt seiner ganzen Argumentation macht, so erscheint die Frage doch nicht unberechtigt,

ob hierin nicht ein Zurückfallen des hervorragenden Realisten in nicht zu billigende „Begriffsjurisprudenz" zu erblicken ist.

Jedes obligatorische Rechtsverhältnis begründet einen Zustand der Bindung des Schuldners dem Gläubiger gegenüber nicht nur insofern, als der Schuldner dermaleinst — sei es früher oder später — dem Gläubiger etwas zu leisten hat, sondern auch während Schwebens des obligatorischen Nexus macht sich dieser Zustand der Bindung in einer für den Schuldner häufig lästigen Weise geltend. Ist Gegenstand der Obligation eine verzinsliche Geldschuld, so endet an sich der Zinsenlauf nicht früher, als bis die Geldschuld in das Stadium der solutio getreten oder sonst irgendwie erloschen ist. Ist Gegenstand der Obligation Verwahrung einer Sache, so endet die Verwahrungspflicht naturgemäſs erst mit der Herausgabe derselben an den Gläubiger. Und auch wenn Gegenstand der Obligation ein Thun bildet, hat der Schuldner oft ein lebhaftes Interesse daran, sich seiner Leistungspflicht zu entledigen. Denn in der Verfügung über das wirtschaftliche Gut seiner Arbeitskraft erleidet der Schuldner, solange die Leistungspflicht noch besteht, eine unter Umständen drückende Beschränkung.

Tritt nun bei Fälligkeit der Obligation jenes Moment, welches die sozusagen natürliche Beendigung des obligatorischen Nexus herbeiführt, nämlich die solutio, nicht sofort ein, so liegt a priori kein Grund vor, daſs nicht auch alle jene für den Schuldner lästigen Nebenwirkungen des obligatorischen Bandes bestehen bleiben, und offenbar liegt hierin auch nichts Unbilliges, sofern der Nichteintritt jenes vorbezeichneten lösenden Moments irgendwie in der Person des Schuldners seine Ursache hat oder auf vertragsmäſsigen Abmachungen der Parteien (Prolongation) beruht.

Auch das kann vorliegen, daſs die Nichterfüllung zur

gegebenen Zeit auf einer vom Willen des Schuldners völlig unabhängigen Unmöglichkeit beruht, einer Unmöglichkeit, welche nicht sowohl die Leistung überhaupt, als vielmehr nur die solutio zur Zeit der Fälligkeit ausschliefst. Kein Zweifel, dafs auch in solchem Falle die Obligation in jeder Beziehung, auch in ihren Nebenwirkungen, fortbestehen mufs. So wird gewifs der Satz keine Anfechtung erleiden, dafs in denjenigen Rechtsgebieten, in welchen der Verkäufer bis zur Übergabe der Sache die Gefahr trägt, ihm diese Haftung auch während der Zeit nicht abgenommen werden kann, während welcher die Übergabe wegen einer auf unabwendbaren Naturereignissen beruhenden Verzögerung des Transports der Sache einen Aufschub erfährt.

Anders verhält es sich in denjenigen Fällen, in welchen der Nichteintritt der solutorischen Wirkungen auf Umständen beruht, welche auf die Person des Gläubigers zurückzuführen sind. Es erheischt die Billigkeit, den Schuldner in solchen Fällen gegen die lästigen Wirkungen des aprioristisch an sich fortbestehenden obligatorischen Bandes zu schützen, und dies ist dann jedenfalls ganz aufser Frage, wenn der Gläubiger in doloser oder auch nur culposer Weise seine Mitwirkung an der Auflösung des obligatorischen Nexus unterläfst. Unterbliebe dieser Schutz, so wäre es in die Hand des Gläubigers gelegt, durch eine Perpetuation des Schuldverhältnisses die Verpflichtung des Schuldners über diejenigen Grenzen hinaus auszudehnen, welche derselben durch Rechtsnorm oder Parteiautonomie gesetzt sind. Der Verzug des Gläubigers hinsichtlich der Mitwirkung bei Lösung des obligatorischen Bandes würde sonach zu einem plus petere tempore führen[1]), zwar nicht in dem Sinne, in welchem die

---

1) Vgl. Schey, Begriff und Wesen der mora creditoris S. 106.

Römer von einem solchen sprechen, aber die Rechtslage wäre sicher nicht weniger unerträglich, als in dem bei GAJUS IV § 53 besprochenen Thatbestande. Von solchen Erwägungen ausgehend haben die Römer und ihnen folgend die modernen Kodifikationen an den Gläubigerverzug Wirkungen geknüpft, welche bestimmt sind, die vorerwähnten lästigen Folgen einer Perpetuation des Schuldverhältnisses zu paralysieren oder wenigstens zu vermindern. Immerhin haben die modernen Gesetzgebungen, wie die Motive zum Entwurf des deutschen bürgerlichen Gesetzbuchs treffend hervorheben[1]), die Lehre vom Gläubigerverzug zum Teil sehr kurz behandelt, was vielleicht daraus zu erklären ist, daſs auch die römischen Rechtsdenkmäler, auch in dieser Beziehung die bedeutendste Quelle und Grundlage der heutigen Legislationen, wesentliche Teile dieser theoretisch interessanten und praktisch hochwichtigen Lehre mit einer zu ihrer sonstigen reichen kasuistischen Fülle auffallenden Kürze abthun. So haben denn Wissenschaft und Judikatur vielfach die von der Gesetzgebung offengelassene Lücke ausfüllen müssen.

Der einfachste und sozusagen paradigmatische Fall aus dem Kreise der uns hier beschäftigenden rechtlichen Erscheinungen ist der, bei welchem der Gläubiger die ihm seitens des Schuldners bei Fälligkeit angebotene Leistung nicht annimmt, der Thatbestand des Verzuges in der Annahme im engern Sinne. Annahme in diesem Sinne ist einmal jedenfalls der der Eigentums- bezw. Besitztradition des Schuldners entsprechende Akt auf der Gläubigerseite, die Acquisition der den Gegenstand des Geschäfts bildenden Sache. Mit diesem Begriffe einer Korrelation zur Übergabe ist jedoch das Wesen der Annahme im Sinne der Erfüllungslehre, resp.

1) Bd. II S. 68.

— nach dem Sprachgebrauch des Handelsgesetzbuchs — der Empfangnahme keineswegs erschöpft. Denn zur Empfangnahme ist erforderlich, daſs die Sache aus der Verfügungsgewalt des Schuldners vollkommen in die des Gläubigers übergegangen ist. Es kommt für den Schuldner nicht immer nur darauf an, sich der ferneren Verwahrungspflicht der Ware und der damit verbundenen Verantwortlichkeit enthoben zu sehen, sondern zugleich darauf, sich von jeder irgendwelche Belästigungen mit sich führenden, wie immer gestalteten rechtlichen Beziehung zur Sache befreit zu wissen. Dies wird klar, wenn man die mit Distanzgeschäften in Verbindung stehenden rechtlichen Verhältnisse unter Zugrundelegung der hierfür in erster Linie maſsgebenden handelsrechtlichen Bestimmungen ins Auge faſst.

Sofern, wie im Geltungsgebiet des gemeinen Rechts, der Übergang des Eigentums bei Übersendungen erst erfolgt, sobald der Transportführer die Sache dem Destinatär übergiebt, ist unzweifelhaft der Verkäufer befugt, die Sache, solange sie sich auf dem Transport befindet, anzuhalten und zurückzunehmen. Hieraus entsteht allerdings für die uns hier beschäftigende Frage keine Schwierigkeit, da Eigentumsübergang und Empfangnahme regelmäſsig zusammenfallen. Anders jedoch liegt es nach Maſsgabe derjenigen Partikularrechte, welche, wie das preuſsische Recht (§ 128 A.L.R. I 11), das Eigentum der Sache bereits mit der Übergabe derselben an den Frachtführer auf den Käufer übergehen lassen. Auch hier ist nach Art. 402 H.G.B. der Absender berechtigt, die Ware bis zur Übergabe des Frachtbriefs an den Destinatär am Orte der Ablieferung, also regelmäſsig während dauernden Transports, zurückzunehmen. Insoweit also fallen Eigentumstradition und Beendigung der Dispositionsbefugnis des Verkäufers, also Empfangnahme der Ware durch den Käufer,

auseinander. Die Disposition des Verkäufers über die Ware ist aber nicht nur eine rein faktische, sondern zugleich, was Kohler[1]) zu Unrecht bestreitet, eine liberationshindernde, rechtliche.

Denn der Verkäufer ist beim Distanzgeschäft verpflichtet, die Ware zur Absendung zu bringen, die Übergabe derselben an den Frachtführer behufs des Transports gehört zu den von ihm infolge des Kaufvertrages übernommenen Verpflichtungen, wobei dahingestellt bleiben mag, ob diese Verpflichtung mit Keyssner[2]) auf die Bestimmung des Art. 344 H.G.B. oder mit Staub[3]) auf einen Handelsgebrauch zurückzuführen ist[4]). Jedenfalls aber schliefst der Verkäufer den Transportvertrag mit dem Frachtführer in eigenem Namen ab[5]), er bleibt also, solange der Transportvertrag nicht allseitig zur Ausführung gebracht ist, dem Frachtführer für die Transportkosten allein verhaftet. Insoweit also ist jedenfalls der für den Verkäufer aus dem Verkauf entstehende Komplex von Verbindlichkeiten noch nicht zur Lösung gebracht. Es fragt sich nun, ob der Gläubiger (Käufer) den Schuldner (Verkäufer) auch von dieser Haftverbindlichkeit zu befreien verpflichtet ist, wie er dies ohne Zweifel hinsichtlich der Verwahrungspflicht des Verkäufers zu thun verbunden ist, und diese Frage ist unbedingt zu bejahen. Wiewohl der Verkäufer dem Frachtführer als Selbstkontrahent gegenübersteht, so handelt dennoch der erstere nur für Rechnung des Käufers, denn er erfüllt regelmäfsig an seinem Wohnsitze. Hieraus

1) a. a. O. S. 334 Anm.

2) Kommentar z. H.G.B. Anm. 1 zu Art. 344; vgl. auch R.G.Entscheidung Bd. I S. 283.

3) Kommentar z. H.G.B. Anm. § 2 zu Art. 344.

4) Vgl. auch R.O.H.G.Entsch. Bd. 18 S. 321.

5) R.G. B. 26 S. 107 oben.

ergiebt sich, dafs dieser ihm zur Erstattung der Kosten, bezw. zur Zahlung derselben an den Frachtführer verpflichtet ist[1]). Erwägt man nun aber ferner, dafs der Frachtführer nur gegen Zahlung der Transportkosten zur Aushändigung der Ware obligiert ist, so ist damit klargestellt, dafs im Falle der Weigerung der Empfangnahme notwendig die Verpflichtung des Verkäufers dem Frachtführer gegenüber bestehen bleiben mufs, von welcher befreit zu werden der Schuldner seinem Gläubiger gegenüber beanspruchen darf. Die Abnahmeverweigerung bewirkt also trotz Übergang der Gefahr und (Art. 345 H.G.B.) trotz erfolgter Eigentumstradition eine Perpetuation der Verbindlichkeiten des Schuldners.

In dem vorstehend dargelegten Sinne ist der Begriff der Empfangnahme als des auch für die Wirkungen des Gläubigerverzuges mafsgeblichen Moments in der Praxis der höchsten Gerichtshöfe jederzeit aufgefafst worden. Das Reichsoberhandelsgericht bezeichnet die Empfangnahme als „die dem Käufer obliegende Hinwegnahme“ der Ware (R.O.H.G. Entsch. Bd. 7 S. 359), als den Übergang der Ware aus der Verfügung des Verkäufers in die des Käufers (Bd. 21 S. 260) und legt Gewicht darauf, dafs der Empfänger oder sein Stellvertreter in den Stand gesetzt ist, die Ware und ihre Empfangbarkeit zu prüfen (Bd. 4 S. 17). Das Reichsgericht versteht unter der Empfangnahme „die thatsächliche Entgegennahme der Ware als Erfüllungsobjekt“ (Seuffert, Archiv Bd. 43 Nr. 138) und als die (selbstverständlich einer besonderen Form nicht bedürfende) Erklärung des Empfängers, dafs er die Ware in Erfüllung des Vertrages annehme (Seuffert, Archiv Bd. 35 Nr. 237). Auf die faktische Möglichkeit, die Ware nach ihrer vertraglichen Beschaffenheit zu

1) Vgl. Staub a. a. O. § 7b.

prüfen, kommt es dem Reichsgericht in der in der Zeitschrift für Handelsrecht Bd. 26 S. 565 abgedruckten Entscheidung an.

Bezeichnet sonach die Empfangnahme der Ware durch den Käufer-Gläubiger den Moment, mit welchem sich die rechtlichen Beziehungen des Verkäufers-Schuldners zur Sache lösen, und der letztere zur totalen Liberation gelangt, und ist andererseits die Dispositionsbefugnis, welche dem Verkäufer bis zu diesem Zeitpunkt in Betreff der Ware zusteht, keine bloſs faktische, sondern eine rechtliche, so entspricht es einer Forderung der Billigkeit, daſs der Verkäufer bis zu dem beregten Zeitpunkt auch die Verwahrungspflicht der Ware trägt. Denn die Verwahrungspflicht ist ein Korrelat der besprochenen rechtlichen Dispositionsmacht. Dieser Gesichtspunkt hat zutreffenden Ausdruck in der Bestimmung des Art. 343 H.G.B. gefunden, woselbst dem Verkäufer die Pflicht auferlegt ist, die Ware, solange der Käufer mit der Empfangnahme nicht im Verzuge ist, mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes aufzubewahren. Festzuhalten ist bei alledem allerdings, daſs die thatsächliche Ansichnahme der Ware durch den Käufer an sich dann noch nicht geeignet ist, Gläubigerverzug auszuschlieſsen, wenn nicht auch der juristische Besitz erworben wird, daſs vielmehr beide Elemente zusammentreffen müssen, um das Moment der Empfangnahme herzustellen. Dieser Gesichtspunkt ist für die Entscheidung des Reichsgerichts bei Bolze, Praxis des Reichsgerichts in Civilsachen, Bd. V Nr. 652 bestimmend gewesen.

Daſs die besprochene Kategorie von Thatbeständen der verweigerten Mitwirkung bei Auflösung des obligatorischen Bandes geeignet ist, die durch das Recht an den Gläubigerverzug geknüpften Wirkungen ins Leben zu rufen, ist ganz auſser Zweifel. Aber die Mitwirkung des Gläubigers ist nicht

nur erforderlich, sofern es sich um die Bewirkung der Leistung selbst handelt, wie mehrfach irrtümlich angenommen worden ist[1]), sondern auch dann, wenn die Fixierung des Leistungsobjekts in Frage steht. In dieser Hinsicht ist vor allem an den Thatbestand der Alternativobligationen zu denken, bei welchem dem Gläubiger das Wahlrecht zusteht. Solange der Gläubiger nicht die Wahl getroffen hat, solange das Leistungsobjekt nicht feststeht, solange läfst es der Gläubiger an der notwendigen Mitwirkung bei Lösung der Obligation fehlen, und solange ist auch die Befreiung des Schuldners durch Leistung ausgeschlossen. Und offenbar liegt es ganz ebenso auch da, wo der Gläubiger nicht sowohl unter mehreren Objekten dasjenige, welches in letzter Linie den Gegenstand der Obligation ausmachen soll, auszuwählen unterläfst, als vielmehr zwar das Objekt an sich feststeht, jedoch der Umfang desselben, ein Mehr oder Minder an demselben noch einer vertragsmäfsig durch den Gläubiger zu treffenden Bestimmung unterliegt[2]). Und um eine an die Mitwirkung des Gläubigers gebundene Fixierung des Leistungsobjektes handelt es sich auch dann, wenn der Betrag der Schuld erst durch eine vom Gläubiger aufzumachende Rechnung zu liquidieren ist. Auch hier ist Leistung der Schuld nicht denkbar, sofern diese ebenerwähnte notwendige Mitwirkung des Gläubigers unterbleibt.

Neben dieser Gruppe von Thatbeständen, bei welchen sich der Verzug des Gläubigers auf die Leistung als solche bezieht, steht ein anderer Komplex von Fällen, bei

1) Vgl. z. B. die in dem Urteil des R.G. vom 12. Dezember 1883 Rep. I 402/83 referierte Argumentation des Oberlandesgerichts, R.G. Bd. 10 S. 97.

2) Vgl. den Fall der sogenannten Spezifikation im Handel, R.O.H.G. Bd. 16 S. 204, R.O.H.G. Bd. 15 S. 146, Bd. 22 S. 5, R.G. Bd. 10 S. 95, Bd. 14 S. 243, Bd. 26 S. 213, Bd. 29 S. 17, Bd. 30 S. 97.

welchen die Verwirklichung der Leistung deswegen nicht erfolgen kann, weil die in der Person des Gläubigers liegenden Voraussetzungen mangels Mitwirkung des Gläubigers nicht gegeben sind. Hierhin gehört es, wenn der Gläubiger sich als solcher durch Beibringung von Erbeslegitimationsattesten, Testamentsausfertigungen oder sonstigen Bescheinigungen u. s. w. legitimieren mufs, wenn er der wegen mangelnder oder beschränkter persönlicher Handlungsfähigkeit erforderlichen gesetzlichen Vertretung entbehrt, oder der vorhandene gesetzliche Vertreter es verabsäumt, sich als solcher zu legitimieren. Und in diese Kategorie mag auch der Fall unterzuordnen sein, dafs die Auszahlung eines Legats durch den Erben an die Erfüllung einer (nicht direkt auf die Person des Schuldners bezüglichen) Bedingung — man denke etwa an eine reine Potestativbedingung — seitens des Legatars geknüpft ist. Auch hier bedarf es der Mitwirkung des Gläubigers, damit der Schuldner in die Lage komme, zu leisten, und es ist hart für den Schuldner, wenn er durch übermäfsige Verzögerung des Gläubigers in Erfüllung jener Bedingung verhindert wird, sich von den lästigen Wirkungen einer Perpetuation der Verbindlichkeit zu befreien.

Alle einzelnen Fälle des Gläubigerverzuges aufzuführen, dürfte unmöglich erscheinen. Auch hier kommt der an sich auf die mora solvendi bezügliche Ausspruch des Kaisers Antonius Pius [1]:

> an mora facta intellegatur, neque constitutione ulla neque iuris auctorum quaestione decidi posse, cum sit magis facti quam iuris

zur Anwendung. Immerhin werden wir festhalten dürfen, dafs im Wesentlichen drei Kategorien des Gläubigerverzuges

---

1) l. 32 pr. D. 22, 1.

zu unterscheiden sind, je nachdem die erforderliche Mitwirkung in Bezug auf die Leistung selbst oder in Bezug auf die Vorbereitungen derselben, oder in Bezug auf die in der Person des Gläubigers notwendigen Voraussetzungen unterbleibt.

Es entsteht noch die Frage, ob da, wo eine Mitwirkung des Gläubigers zur Perfektion der Leistung selbst erforderlich ist, ein Gläubigerverzug nur dann eintritt, wenn der Gläubiger die Annahme der Leistung überhaupt unterläfst, oder auch bereits in dem Falle, wenn er sich denjenigen Modalitäten gegenüber ablehnend verhält, unter denen allein von dem Schuldner die Leistung verlangt werden kann. Der Hauptfall in dieser Beziehung ist derjenige der Leistung Zug um Zug, insbesondere der Leistung gegen Barzahlung. Erwägt man, dafs der Kernpunkt dieser ganzen Lehre in der legislatorischen Notwendigkeit besteht, den Schuldner gegen die nachteiligen Folgen einer durch den Gläubiger verursachten Perpetuation der Obligation zu schützen, so ist nicht zu leugnen, dafs eine solche Notwendigkeit nicht ohne weiteres gegeben ist, sofern der Gläubiger der Leistung überhaupt Schwierigkeiten nicht in den Weg legt. Man könnte deducieren, dafs es in dieser Lehre nicht Aufgabe des Rechts ist, den Schuldner gegen alle aus dem Verhalten des Gläubigers entstehenden Nachteile zu schützen, sondern dafs es nur darauf ankommt, die infolge der Nichtannahme der Leistung durch den Gläubiger entstehenden nachteiligen Folgen zu paralysieren, und dafs infolgedessen, wenn nur der Gläubiger überhaupt die Leistung annehmen zu wollen erklärt, es in die Hand des Schuldners gelegt ist, unter Verzicht auf das Recht, Leistung Zug um Zug beanspruchen zu dürfen, sich durch Übergabe des Leistungsobjekts von seiner fortbestehenden Verbindlichkeit zu befreien. Demgegenüber ist jedoch folgen-

des zu erwägen: Jede Erfüllung einer Obligation hat den Charakter einer Rechtshandlung ohne Rücksicht darauf, in welcher Weise die Erfüllung bewirkt wird. Wir meinen, dafs auch da, wo die Erfüllung in der Schaffung einer äufserlich rein thatsächlichen, ein juristisches Element prima facie nicht erkennen lassenden Wirkung besteht, der solutio dieser Charakter der Rechtshandlung nicht fehlt. Offenbar will der Klempner, der meine Lampe repariert, der Schneider, den ich mit Anfertigung eines Rockes für mich beauftragt habe, der Sprachlehrer, der mir das Werk eines fremdsprachigen Autors erklärt[1]), ein jeder durch die ihm zukommende Leistung sich von seiner Verbindlichkeit liberieren und den Anspruch auf die entsprechende Gegenleistung erwerben, und thatsächlich hat auch die Leistung diese rechtlichen Folgen. Das aber reicht aus, um für die Leistung den Charakter einer Rechtshandlung in Anspruch nehmen zu können. Ganz unzweifelhaft nun ist dieser Rechtshandlungscharakter der Erfüllung in denjenigen Fällen eigenthümlich, in welchen der Solutionsakt einer Mitwirkung des Gläubigers bedarf. Damit nun aber die Erfüllung mit dem ihr notwendigen Rechtshandlungscharakter vorliege, mufs sie mit allen denjenigen Modalitäten vorliegen, welche ihr als Rechtshandlung das ihr eigentümliche Gepräge verleihen. Besteht die Verpflichtung des Schuldners (Verkäufers) vertragsmäfsig in Eigentumsübertragung gegen Barzahlung, so mufs die Eigentumsübertragung von Barzahlung begleitet sein, damit derjenige Rechtsakt vorliege, welcher allein dem durch den Vertrag aufgestellten Erfüllungsideal entspricht. Ist sonach die Erfüllung eine Rechtshandlung mit vorstehender Mafsgabe, und ist zur Setzung dieses die Obligation naturgemäfs beendenden Akts die Mitwirkung des

1) Vgl. die Fälle bei Kohler S. 262.

Gläubigers erforderlich, so bedarf es, damit das vertragsmäſsige Ideal erfüllt werde, auch der Mitwirkung des Gläubigers hinsichtlich derjenigen Modalitäten, die dem Erfüllungsakte in Gemäſsheit des Vertrages eigen sein müssen, mit anderen Worten, da der Erfüllungsakt, wie er durch den Vertrag vorgezeichnet ist, auch die im Vertrage stipulierten Modalitäten umfaſst, da ferner der Schuldner ein Interesse an der rechtzeitigen Erfüllung hat, so bedarf es, — sofern die Mitwirkung des Gläubigers an der Erfüllung überhaupt erforderlich ist, — auch der Mitwirkung des Gläubigers hinsichtlich dieser Modalitäten. Hieraus folgt dann ohne weiteres, daſs überall da, wo Barzahlung (Leistung Zug um Zug) vertragsmäſsig ausgemacht ist, der Gläubiger in Verzug nicht nur dann kommt, wenn er die Annahme überhaupt, sondern bereits dann, wenn er auch nur die Barzahlung verweigert.

Kohler[1]) gelangt zu demselben Resultate allein auf Grund der Argumentation, daſs bei Verabredung der Barzahlung die letztere nicht nur die Erfüllung einer dem Käufer als Schuldner obliegenden Verpflichtung, sondern zugleich die Voraussetzung sei, unter welcher allein der Eigentumsübertragungsakt dem Verkäufer zugemutet werden könne, da die Hingabe ohne Barzahlung sich gegenüber der vertragsmäſsigen Verpflichtung des Verkäufers als ein plus darstelle. Allein, wie oben dargethan, kommt es in dieser Lehre nicht allgemein darauf an, den Schuldner gegen alle nachteiligen Folgen aus dem Verhalten des Gläubigers zu schützen, — hierzu sind andere Rechtsbehelfe da, — sondern vielmehr nur darauf, den Verzug des Gläubigers in der notwendigen Mitwirkung bei der schuldnerischen Leistung für den Schuldner unschädlich zu gestalten. Der Käufer könnte gegenüber

---

1) a. a. O. S. 283 ff.

der Deduktion KOHLERS erwidern, dafs, wenn der Verkäufer Barzahlung verlange, es ihm auf Effektuierung des Geschäfts überhaupt nicht ankomme und unter diesen Umständen garnicht einfalle, dem Verkäufer die Übertragung der Sache zuzumuten; wolle er dennoch sich liberieren, so möge er auf Barzahlung verzichten. Es ist nicht zu erkennen, wie bei dieser Rechtslage — allein auf Grund der KOHLERschen Deduktion — sich ergeben soll, dafs die Verweigerung der Barzahlung Annahmeverzug bedeute.

Reicht aber der von KOHLER angezogene Gesichtspunkt nicht aus, um die Unterlassung der Barzahlung als Annahmeverzug des Gläubigers erscheinen zu lassen, so sind andererseits ganz unbestreitbar die von KOHLER aus dem unzureichend begründeten Satze gezogenen praktischen Folgerungen. Insbesondere gilt dies von der These, dafs die unterlassene Barzahlung, im Falle der Verabredung derselben, zugleich Gläubiger- und Leistungsverzug begründe, woraus dann zutreffend gefolgert wird, dafs in den Fällen, wo ein Einkaufskommittent Annahme und Barzahlung unterläfst, dem Kommissionär nicht nur auf Grund der mora solvendi des ersteren die Befugnis, sich vermöge seines Pfandrechts bezahlt zu machen, sondern auch das Recht der Verkaufsselbsthülfe wegen verweigerter Annahme zusteht. Ebenso wird durchaus zutreffend auf den bereits vom Reichsoberhandelsgericht [1]) ausgesprochenen Rechtsgrundsatz verwiesen, wonach die Weigerung des im Frachtbriefe bezeichneten Destinatärs, die Fracht an den Frachtführer zu zahlen, der Weigerung zur Empfangnahme gleichsteht, sodafs der Frachtführer die ihm im Art. 407 des Handelsgesetzbuchs beigelegten Befugnisse bereits dann hat, wenn der Empfänger die Entrichtung der bar zu zahlenden Fracht

---

1) Entsch. vom 29. Juni 1871 bei SEUFFERT, Entsch. Bd. 26 Nr. 294.

verweigert. Unzutreffend ist es andererseits aber wiederum, wenn KOHLER aus dem Rechtsgrundsatz, dafs die Nichtbewirkung der Zug um Zug zu effektuierenden Gegenleistung Annahmeverzug darstellt, die Folgerung ableitet, dafs in dem gedachten Falle eine ausbedungene Konventionalstrafe, eine lex commissoria tacita und ähnliche kassatorische Klauseln nicht verfallen. Richtig ist allerdings, dafs weder Konventionalstrafe noch kassatorische Klauseln verfallen, wenn der Gläubiger es an der — Zug um Zug zu entrichtenden — Gegenleistung fehlen läfst. Dies liegt aber daran, dafs die Fälligkeit derjenigen Verbindlichkeit, an deren Nichterfüllung die Konventionalstrafe u. s. w. geknüpft ist, trotz des etwa sogar eingetretenen dies in dem Falle dennoch noch nicht vorliegt, wenn die Gegenleistung nicht, wie es vertragsmäfsig stipuliert ist, Zug um Zug vollzogen wird. Damit die Obligation fällig, d. h. damit der Gläubiger berechtigt sei, sie geltend zu machen, mufs in diesem Falle eben zweierlei vorliegen, einmal, dafs der etwa bestimmte Termin eingetreten, sodann, dafs der Gläubiger auch die Gegenleistung vollzieht. Der Nichteintritt jener auf die Nichterfüllung gesetzten Strafen ergiebt sich also daraus, dafs die Leistung ohne Zug um Zug erfolgende Gegenleistung überhaupt nicht verlangt werden kann, nicht aber aus der mangelnden Mitwirkung des Gläubigers an der Erfüllung. Dies hat praktische Folgen, und zwar solche, welchen, wenigstens gemäfs der Struktur des römischen Prozesses, eine besondere Erheblichkeit nicht abzusprechen ist. Wäre der Grund des Nichtverfalls der von KOHLER angezogene, nämlich, dafs die Ursache der Nichterfüllung am Gläubiger liegt, so würde dem an sich begründeten Strafanspruch nur eine exceptio doli entgegenstehen, wie dies unzweideutig in den Quellen (l. 122 § 3 D. 45, 1; l. 1 § 3 D. 2, 10) ausgesprochen ist. Ist aber die Obligation

ohne Gegenleistung Zug um Zug überhaupt nicht fällig, so entsteht die Konventionalstrafpflicht überhaupt nicht, ohne dafs wir einer besonderen exceptio doli bedürfen, ein Resultat, das zweifellos in praktischer Beziehung den Vorzug verdient[1]).

Haben wir im vorstehenden die wesentlichsten Fälle, in welchen es der Mitwirkung des Gläubigers zur Lösung des obligatorischen Nexus durch Erfüllung bedarf, erörtert, so entsteht nunmehr die Frage nach den vom positiven Recht zum Schutz des Schuldners gegen den Gläubigerverzug gewährten Hülfen und ihrem Prinzip, und die weitere Frage, welche Ansprüche an die Gesetzgebung zu stellen sind, damit den nachteiligen Folgen, welche sich aus dem Gläubigerverzug für den Schuldner ergeben, wirksam begegnet werden könne und in dieser Beziehung die aufserordentlich mannigfaltigen Bedürfnisse des täglichen Lebens auch wirklich befriedigt werden. Es bedarf keiner Ausführung, dafs die letztbezeichneten Erörterungen zweckmäfsig an diejenigen Vorschläge anzuknüpfen sein werden, welche der Entwurf eines Gesetzbuchs für das Deutsche Reich enthält.

Bei alledem ist nicht zu verkennen, dafs die praktische Ausgestaltung der Lehre vom Gläubigerverzug, insbesondere der Voraussetzungen und Wirkungen desselben, sich im wesentlichen an diejenigen Fälle anschliefst, bei welchen nur vorliegt, dafs der eine offeriert, der andere nicht annimmt.

---

1) Wenn Kohler auch von dem von ihm verfochtenen Standpunkt aus einer exceptio doli entraten zu können meint, so wird er, wie wir glauben, durch die im Text citierten Quellenstellen widerlegt. Dafs immerhin Zweifel in dieser Hinsicht bei den Römern bestanden, soll allerdings nicht bestritten werden. Es geht dies aus l. 23 § 3 D. 4, 8:

> Idem Celsus ait, si arbiter me tibi certa die pecuniam dare iusserit, tu accipere noluisti, posse defendi ipso iure poenam non committi.

hervor.

Diese Fälle der mora creditoris im engeren Sinne werden wir daher vor allem auch im folgenden im Auge zu behalten haben, und dieser Gesichtspunkt wird auch bei Feststellung der Ergebnisse unserer Untersuchung nicht aufser acht bleiben dürfen. Dafs aber prinzipiell der Begriff des Gläubigerverzuges jede an sich erforderliche, jedoch unterlassene Mitwirkung des Gläubigers bei Setzung des Erfüllungaktes umfafst, mufs festgehalten werden. Hieraus ergiebt sich die Anwendbarkeit der über den Gläubigerverzug bestehenden Rechtsregeln auf den ganzen Kreis der unter den Begriff des Gläubigerverzuges zu subsumierenden Fälle, vorbehaltlich derjenigen Modifikationen, welche die Abweichungen des Thatbestandes von demjenigen des Annahmeverzuges im engeren Sinne mit sich bringen. Hierhin gehört der Fall, der bereits hier Erwähnung finden mag, dafs der Leistung seitens des Schuldners die Aufstellung einer den Schuldbetrag ergebenden Rechnung seitens des Gläubigers vorangehen mufs. Verzögert der Gläubiger die Rechnungsaufstellung, so helfen die römischen Juristen, indem sie den Richter verpflichten, auf Antrag des Schuldners einen arbiter zu bestellen, der nach Mafsgabe der obwaltenden Verhältnisse die Rechnung aufzustellen hat. Die Verflichtung des Schuldners konzentriert sich dann auf den ermittelten Schuldbetrag, dessen er sich demgemäfs zu entledigen in der Lage ist, gleich als ob derselbe durch den Gläubiger selbst ermittelt wäre[1]).

1) Vgl. Kohler a. a. O. S. 357 und die dort citierten Quellenstellen.

II.

Wirkungen.

Erstes Kapitel.

Rechtsbehelfe.

I. Römisch rechtliche Grundlagen und Begriffe.

a) Dereliktion.

§ 2.

Derjenige Fall der mora creditoris, welcher praktisch am wichtigsten ist und auch für die theoretische Erörterung und legislative Normierung derselben den Ausgangspunkt zu bilden pflegt, ist nach vorstehendem der, bei welchem die zur Erfüllung der auf eine Sachleistung abzielenden Obligation selbst erforderliche Mitwirkung des Gläubigers unterbleibt, der Fall des Annahmeverzuges im engeren Sinne. Es stellt nun in dieser Hinsicht das auf den römischen Rechtsquellen fufsende gemeine Recht dem Schuldner drei Rechtsbehelfe zum Zwecke der Paralysierung der aus einer Perpetuation des Obligationsnexus fliefsenden schädlichen Folgen zur Verfügung, das Recht der Preisgebung des Leistungsobjekts, der Deposition und des Selbsthülfeverkaufs desselben.

Über das Recht der Preisgebung verhalten sich folgende Quellenstellen:

l. 13 (12) bis l. 15 (14) pr. D. 18, 6.

(Paulus) Lectos emtos aedilis, cum in via publica positi essent, concidit: si traditi essent emtori aut per eum stetisset quo minus traderentur, emptoris periculum esse placet.

(Julianus) eumque cum aedili, si id non iure fecisset, habiturum actionem legis Aquiliae: aut certe cum venditore ex emto agendum esse, ut is actiones suas, quas cum aedile habuisset, ei praestaret.

(Paulus) Quod si neque traditi essent neque emtor in mora fuisset, quominus traderentur, venditoris periculum erit.

l. 1 §§ 3. 4 D. eod. (Ulpianus).

Licet autem venditori vel effundere vinum, si diem ad metiendum praestituit nec intra diem admensum est: effundere autem non statim poterit, prius quam testando denuntiet emtori, ut aut tollat vinum aut sciat futurum, ut vinum effunderetur. si tamen, cum posset effundere, non effudit, laudandus est potius: ea propter mercedem quoque doliorum potest exigere, sed ita demum, si interfuit ejus inania esse vasa in quibus vinum fuit (veluti si locaturus ea fuisset) vel si necesse habuit alia conducere dolia. commodius est autem conduci vasa nec reddi vinum, nisi quanti conduxerit ab emtore reddatur, aut vendere vinum bona fide: id est quantum sine ipsius incommodo fieri potest operam dare, ut quam minime detrimento sit ea res emtori.

Si doliare vinum emeris nec de tradendo eo quicquam convenerit, id videri actum, ut ante evacuarentur quam ad vindemiam opera eorum futura sit necessaria:

quod si non sint evacuata, faciendum, quod veteres putaverunt, per corbem venditorem mensuram facere et effundere: veteres enim hoc propter mensuram suaserunt, si, quanta mensura esset, non appareat, videlicet ut appareret, quantum emtori perierit.

l. 8 D. 33, 6 (Pomponius).

Si heres damnatus sit dare vinum, quod in doliis esset, et per legatarium stetit, quominus accipiat, periculose heredem facturum, si id vinum effundet: sed legatarium petentem vinum ab herede doli mali exceptione placuit summoveri, si non praestet id, quod propter moram ejus damnum passus sit heres.

Bezüglich der ersten Stelle scheint uns folgende Interpretation die richtige zu sein: Der Verkäufer hat die verkauften Gegenstände (Betten) auf die Straſse gestellt, und der Ädil, in seiner Eigenschaft als Straſsenpolizeibehörde, hat die Betten, um das Hindernis von der Straſse zu entfernen, zusammenhauen lassen. Den Schaden hat der Käufer zu tragen, wenn entweder die Tradition bereits erfolgt war, die Betten aber nicht abgeholt sind, oder die Ursache der nichterfolgten Tradition am Käufer liegt, d. h. wenn die zur Perfektion des Traditionsaktes erforderliche Mitwirkung des Käufers unterblieben ist. Andernfalls fällt der Schaden dem Verkäufer zur Last. War die Handlungsweise des Ädilen eine unberechtigte, so steht dem Käufer, sofern diesen der Schade traf, gegen den Polizeibeamten die a. legis Aquiliae zu, oder zum mindesten ist der Verkäufer verpflichtet, dem Käufer in dem gedachten Falle die ihm selbst aus dem unbefugten Verhalten des Ädilen zustehenden Ersatzansprüche abzutreten [1]). Das sich sonach aus dieser Stelle ergebende

1) Vgl. auch Kohler S. 288—289.

Resultat, demzufolge der Schuldner im Falle des Annahmeverzuges des Gläubigers die verkaufte Sache einfach auf die Strafse zu stellen, d. h. mit Aufhebung seiner custodia über dieselbe zugleich sein Eigentum daran aufzugeben befugt ist, wird von ULRICH[1]) mit der Erwägung angegriffen, dafs von einem Preisgeben (Dereliktion) in dieser Stelle um deswillen nicht die Rede sein könne, weil hier eine actio legis Aquiliae auf seiten des Verkäufers vorausgesetzt werde. Dementsprechend erklärt ULRICH die Stelle aus einer culpa levis des Verkäufers — er exemplifiziert auf ein vorübergehendes Stehenlassen beim Umzug —, für welche derselbe nach der mora des Käufers nicht mehr einzustehen habe, und glaubt im wesentlichen auf eine Verwertung dieser Stelle für die Lehre vom Gläubigerverzuge verzichten zu sollen. Auch SCHEY[2]) stellt zwar in Abrede, dafs hier von einer Dereliktion d. h. einem Aufgeben des Eigentums die Rede sein könne, ist jedoch andererseits der Meinung, dafs diese Stelle für die Frage nach den Rechtsbehelfen des Schuldners bei mora creditoris sehr wohl verwertbar sei. Er erblickt hier eine Bestätigung seiner Ansicht, derzufolge die Aussetzung nicht Dereliktion ist, sondern ein blofses in Folge der mora creditoris berechtigtes Aufgeben der custodia, zu welcher der Verkäufer an sich auf Grund des Vertrages verpflichtet sei. Bei der Aussetzung handelt es sich nach SCHEY also nicht um eine Liberierung; die letztere tritt vielmehr erst ein, wenn die Sache infolge eines casus, dem sie durch die Aussetzung preisgegeben ist, zu Grunde geht.

Was zunächst die von ULRICH vorgeschlagene Interpretation dieser Stelle anbelangt, so ist bereits von anderer

1) Deposition und Dereliktion S. 81. Ebenso schon HOFMANN, Über das Perikulum beim Kauf S. 161 ff.

2) Begriff und Wesen der mora creditoris S. 30 ff.

Seite[1]) darauf hingewiesen worden, daſs das hiernach wesentlichste Thatbestandsmoment, die culpa levis auf seiten des Verkäufers, mit keinem Worte angedeutet worden wäre, ein Gesichtspunkt, der ausreicht, um diese Auffassung unhaltbar erscheinen zu lassen. Nicht besser begründet, wenn auch auf den ersten Blick bestechend, erscheint uns die Ansicht, welche Schey vertritt und nach welcher die mora nur die Wirkung hat, den Mangel der custodia zu exkulpieren, die Beendigung der Obligation aber nur durch casus eintritt. Wäre diese Ansicht richtig, bestände also die Obligation trotz der Aussetzung bis zum Eintritt des casus ungeschwächt fort, so müſste notwendigerweise bis dahin trotz der Aussetzung auch ein Klagerecht gegen den Schuldner bestehen, ein Resultat, welches, wie wir meinen, ganz unannehmbar ist. Nehmen wir etwa den Fall, daſs die auf die Straſse gesetzten Kaufgegenstände weder durch Maſsregeln der Straſsenpolizei noch sonst einen in dieser Beziehung als casus erscheinenden Umstand Schaden genommen haben oder gar untergegangen sind. In diesem Falle müſste also nach Schey der Verkäufer noch der Leistungsklage des Käufers ausgesetzt sein; wir sehen wenigstens nicht, wie dieser Schriftsteller sich der angegebenen Konsequenz entziehen will. Dann aber wäre sicherlich die Aussetzung des Leistungsobjekts für den Schuldner ein auſserordentlich ungenügender Rechtsbehelf. Die Ansicht Scheys läuft darauf hinaus, daſs es dem Schuldner im Falle des Gläubigerverzuges gestattet ist, „äuſsersten Falles“ auch die Haftung für culpa lata abzulehnen. Worauf es aber, wie wir meinen, hauptsächlich ankommt, dem Schuldner die Möglichkeit zu gewähren, „eine Lösung des Schuldverhältnisses ohne Mitwirkung des Gläubigers herbei-

1) Kohler S. 290.

zuführen", das wäre nicht erreicht. Es ist ein Postulat legislatorischer Billigkeit, den Schuldner in die Lage zu versetzen, den Obligationsnexus ohne den Gläubiger zu lösen, wenn der Gläubiger nicht mitwirken will. Nach SCHEY kann das aber nicht der Schuldner, sondern nur der ganz unkontrollierbare Zufall.

Der letzte Grund der im Vorstehenden zurückgewiesenen Ansichten ist der, daſs man die Annahme der Dereliktion für unvereinbar mit der angeblich in l. 14 (13) D. cit. dem Verkäufer gewährten actio legis Aquiliae angesehen hat. Es fragt sich aber doch, ob in der That die l. 14 dahin interpretiert werden muſs, daſs hier von der a. legis Aquiliae als einem dem Verkäufer unzweifelhaft zustehenden Rechtsbehelf die Rede sei. Wie aus dem Zusammenhange der ganzen Stelle resultiert, spricht JULIAN im ersten Teil des von ihm herrührenden Fragments die Ansicht aus, daſs der Käufer nach erfolgter Tradition des Kaufobjekts oder bei Annahmeverzug die Schadenersatzklage gegen denjenigen habe, der die vom Verkäufer ausgesetzte Sache unrechtmäſsig vernichtet habe. Hierbei ist zu erwägen, daſs, wenn die a. legis Aquiliae dem Käufer zusteht, dieselbe nicht zugleich dem Verkäufer gegeben sein kann. Denn nach dem hier vorliegenden Thatbestand kann in dem concidere der lecti emti nur entweder ein Eingriff in die Vermögenssphäre des Käufers oder in diejenige des Verkäufers liegen. Im zweiten Teil der l. 14 drückt der Jurist einen Zweifel aus, ob in der Vernichtung der Sache eine Schädigung des Vermögens des Käufers erblickt werden könne. Offenbar kann sich der Zweifel nur auf den Fall des Annahmeverzuges beziehen, denn nach erfolgter Tradition ist die Sache sicherlich in die Vermögenssphäre des Käufers übergegangen, es kann also in dem concidere nur eine Schädigung seines Vermögens erblickt werden. Nimmt man

an — so müssen die Worte des Juristen ergänzt werden —, dafs im Falle des Annahmeverzuges ein Übergang der Sache in die Vermögenssphäre des Käufers nicht vorliege, also auch keine Schädigung seines Vermögens, mithin auch nicht die a. legis Aquiliae ihm zustehe, so mufs — dies bedeuten die Schlufsworte — doch wenigstens (aut certe) dem Käufer das Recht zustehen, die Abtretung der dem Verkäufer zustehenden Klagerechte zu verlangen. Wohl bemerkt, der Jurist spricht nicht speciell von der Cession der a. legis Aquiliae, sondern ganz allgemein von der Abtretung derjenigen Rechtsbehelfe, welche (etwa) dem Verkäufer gegen den schädigenden Ädilen zustehen.

Wenn Hofmann[1]) die Julianische Stelle dahin interpretieren will, dafs dem Käufer für den Fall der erfolgten Tradition der Kaufsache die Aquilia gewährt sei, während er im Falle des Annahmeverzuges auf die Notwendigkeit verwiesen sei, sich die Rechtsmittel gegen den Ädilen vom Verkäufer abtreten zu lassen, so wird hierbei die ganze Fassung des Fragments, insbesondere aber die Verbindung aut certe nicht hinreichend gewürdigt. Mit Rücksicht auf die Fassung des Fragments und die beregten Worte scheint uns die natürlichste Interpretation diejenige zu sein, dafs im zweiten Teil der Stelle der im ersten ausgesprochene Gedanke restringiert werde, nicht aber, dafs für zwei Eventualitäten zwei verschiedene Entscheidungen gegeben seien.

Das Julianische Fragment hat also einen durchaus dubitativen Charakter. Der Jurist ist sich offenbar selbst nicht völlig klar und will nicht entscheiden, ob gegen den Ädilen dem Käufer die actio legis Aquiliae oder dem Verkäufer irgendwelche Rechtsbehelfe zustehen. Demnach kann aus der

---

1) Das Perikulum beim Kaufe S. 162.

Stelle auch nicht abgeleitet werden, dafs dem Verkäufer nach erfolgter Aussetzung der Sache jedenfalls noch immer eine Schadensklage oder sonst ein Rechtsbehelf gegen den Schädiger zu gewähren sei. Bei dem Schwanken des Juristen haben wir vielmehr freie Wahl, und wir meinen, dafs JULIAN sehr mit Unrecht den ersten Teil der lex, in welchem dem Käufer die actio legis Aquiliae beigelegt ist, im Nachsatz restringiert hat. Es ist durchaus zutreffend, dafs, nachdem der Verkäufer die Sache auf Grund der mora des Empfängers ausgesetzt hat, der Käufer einen Schadensanspruch gegen denjenigen hat, der die Sache ohne Fug zerstört hat. Denn der Käufer hat nunmehr allein einen Anspruch auf die Sache und ein Interesse an derselben. Es darf daher angenommen werden, dafs die Sache in seine Vermögenssphäre übergegangen ist, als wenn sie ihm bereits tradiert wäre, wenigstens, und hierauf kommt es ja allein an, was einen Schadensersatzanspruch gegen eine dritte Person anbelangt. Bei dieser Annahme aber hat der Verkäufer weder eine a. legis Aquiliae noch irgend einen anderen Anspruch aus einer schädigenden Handlung eines Dritten. Damit fällt der von ULRICH und SCHEY ihren Argumentationen zu Grunde gelegte Gesichtspunkt, und es steht vom Gesichtspunkt der Deutung der besprochenen Stelle aus nichts entgegen, in dem Aussetzen eine Dereliktion (Eigentumsaufgabe) zu erblicken.

Es ist allerdings fraglos, dafs die von uns verteidigte Interpretation der hier besprochenen Fragmente dann unhaltbar ist, wenn man mit der herrschenden Lehre dem nur obligatorisch Berechtigten, abgesehen von dem Falle der l. 27 § 14 D. 9, 2, die actio legis Aquiliae grundsätzlich und ohne Ausnahme versagt. Denn offenbar steht der Käufer vor der Inbesitznahme des Kaufgegenstandes zu demselben nur im Verhältnis eines obligatorisch Berechtigten, und bliebe sonach

die Gewährung der Schadensersatzklage an ihn unerklärt. Wir meinen jedoch, dafs zum mindesten der Auffassung DERNBURGS[1]) beigepflichtet werden mufs, nach welcher auch dem obligatorisch Berechtigten die actio legis Aquiliae als a. utilis in dem Falle wenigstens nicht abzusprechen ist, wenn ihm auf andere Weise nicht zu seinem Rechte verholfen werden kann. Ein näheres Eingehen auf diese Frage würde zu weit führen und mufs daher abgelehnt werden, immerhin mag soviel bemerkt werden, dafs diese Auffassung nicht nur praktisch empfehlenswert ist, sondern auch, indem sie die Entscheidung der l. 27 § 14 D. 9, 2 als Ausdruck eines Prinzips ansieht, den mifslichen, einem Geständnis der Schwäche gleichkommenden Ausweg, hierin eine Ausnahme, deren Begründung schwierig sein dürfte, zu erblicken, glücklich vermeidet[2]). Auf die Paulinisch-Julianischen Fragmente selbst fällt aber bei Adoption der hier verteidigten Ansicht über die Zuständigkeit der Schadensersatzklage ein überraschendes Licht. Darauf eben kommt es an, ob dem obligatorisch Berechtigten zum Ersatz des ihm zugefügten Schadens noch andere Hülfen zu Gebote stehen. Dem Käufer steht also nach Aussetzung der Sache die a. legis Aquiliae wegen Vernichtung derselben dann nicht zu, wenn in der Person des Verkäufers Rechtsmittel bestehen, durch deren Cession ihm geholfen werden kann; und hierauf läuft auch die Argumentation JULIANS hinaus.

Nimmt man sonach an, dafs nach l. 13—15 cit. dem Schuldner gestattet ist, sich gegen die nachteiligen Folgen des Gläubigerverzuges durch Dereliktion zu helfen, so ist andererseits nicht zu verkennen, dafs in den fraglichen Frag-

1) Pand. II § 131 Anm. 15.

2) Vgl. DERNBURG a. a. O.

menten die Möglichkeit der Dereliktion an keine anderen Voraussetzungen geknüpft ist, als eben die mora creditoris. Es ist jedoch unzutreffend, wenn man mit IHERING[1]) und HOFMANN[2]) wegen dieses Mangels weiterer Voraussetzungen, wie Raummangel u. dgl., eine Dereliktion als in diesen Stellen nicht gedacht ansehen will. Daſs bei unserer Auffassung die einfache Aussetzung einen vollen Eigentumsverzicht des Schuldners enthält, „so daſs ein jeder Dritte sich der Sache bemächtigen und sie sich dadurch zu eigen machen kann", ist richtig, jedoch unvermeidlich, wenn die dem Schuldner nachteiligen Folgen des Annahmeverzuges in vollem Umfange paralysiert werden sollen. Für den Schuldner kommt es darauf an, bei Fälligkeit der Obligation seinen obligatorischen Anspruch gewahrt und sich in die Lage versetzt zu sehen, die Erfüllung seiner obligatorischen Verpflichtung abzulehnen. Dies wird aber erreicht, wenn dem Schuldner gestattet wird, sich jeder Beziehung zu dem Leistungsgegenstand durchaus zu entschlagen, m. a. W. denselben zu derelinquieren. Denn es leuchtet ein, daſs, sofern dem Schuldner diese Befugnis gewährt wird, gegen ihn auch ein Erfüllungsanspruch nicht erhoben werden kann. Im Gegensatz zu KOHLER[3]) muſs gerade betont werden, daſs Eigentumsaufgabe in „Veranlassung, Zweck und Wesen unseres Instituts" begründet liegt. Daſs dabei der Schuldner leicht in die Lage kommen kann, die Sache durch einen andern occupiert zu sehen, muſs KOHLER zugegeben werden. Hieraus entspringt aber dann jedenfalls keine Härte für den Gläubiger, wenn sein Verzug ein unentschuldigter ist. Übrigens muſste dem Gläubiger, wie die a. legis Aquiliae gegen den, der die

1) Jahrb. f. Dogm. IV. S. 416.
2) a. a. O. S. 163.
3) a. a. O. S. 312.

Sache unrechtmäfsig beschädigt, so die a. furti gegen denjenigen zustehen, der den Gegenstand ohne Rücksicht auf den Anspruch des Gläubigers an sich gezogen hat, sofern im übrigen die Voraussetzungen der Klage gegeben waren [1]). Auch der Gläubiger ist sonach keineswegs ohne Schutzmittel. Unzutreffend ist schliefslich der von KOHLER [2]) gezogene Vergleich zwischen der Sachaussetzung im Falle der mora creditoris und dem jactus missilium. Gewifs ist der letztere keine modifizierte Dereliktion, aber hierbei handelt es sich auch in letzter Linie um Sachübertragung, nicht wie bei der Aussetzung des Leistungsobjekts um Sachentledigung.

Wir haben im Vorstehenden die Aussetzung des Obligationsgegenstandes eingehender behandelt, nicht sowohl, weil

---

1) Die actio furti war nicht nur, wie die condictio furtiva, dem Eigentümer allein, sondern jedem gegeben, der bei dem Diebstahl interessiert war (DERNBURG, Pandekten II S. 348) Dann aber konnte sie auch durch die Eigentumsaufgabe einem sonst beschädigten Nichteigentümer nicht entzogen werden. Die l. 6 D. 47, 9 erklärt sich aus der Erwägung, dafs kein Anspruch, und zwar nicht einmal ein obligatorischer, an eine res hereditaria vor Antritt der Erbschaft zustehen kann, und l. 43 § 5 D. 47, 2 spricht nur aus, dafs selbst bei vorliegendem animus furandi die a. furti wegen Aneignung einer derelinquierten Sache dem bisherigen Eigentümer nicht gegeben sei. Dies folgt aus den Worten: nec enim furtum fit nisi sit cui fiat. Hatte bei bestehender Mobiliarhypothek der Pfandschuldner die Sache derelinquiert, so war sehr wohl denkbar, dafs ein dritter Okkupant sich der a. furti des creditor hypothecarius aussetzte (arg.: l. 19 § 5 u. l. 67 [66] pr. D. 47, 2). Wenn eine Reihe von Quellenstellen dem nur obligatorisch Berechtigten die a. furti zu versagen scheint, so kann auch dies, entsprechend wie bei der Sachbeschädigung, nicht auf den Fall bezogen werden, dafs der Berechtigte auf andere Weise nicht zu seinem Rechte gelangen kann. Sonst würde man auch hier wieder zu dem mifslichen Ausweg genötigt sein, in den Fragmenten, welche wie l. 14 § 2, l. 26 § 1, l. 83 (82) § 1 D. 47, 2 dem Pächter zum Schutze seines Anspruches an stehenden und hängenden Früchten die actio furti verleihen, eine „Ausnahme“ zu erblicken.

2) S. 312.

diesem Institut besondere praktische Bedeutung zukommt, als vielmehr, weil hier das Prinzip des römischen Rechts, eine Perpetuation des Obligationsnexus infolge von Gläubigerverzug abzuschneiden, mit besonderer Energie zum Ausdruck kommt. Die Härte, welche dieses Prinzip, wenn es uneingeschränkt zur Anwendung gelangt, für die Interessen des Gläubigers im Gefolge haben mufs, haben die Römer sehr wohl gefühlt. Auch das mag den Römern nicht entgangen sein, dafs eine Rechtsgestaltung, welche „zur systematischen Güterzerstörung führt", wie Kohler[1]) treffend bemerkt, wirtschaftspolitisch unerträglich ist, sofern ihr nicht Schranken gesetzt werden. Und so wird in der von Ulpian herrührenden vorcitierten l. 1 §§ 3—4 D. 18, 6 dem Schuldner eine der Preisgebung vorhergehende formelle Warnung (testando denuntiatio) an den Gläubiger zur Pflicht gemacht. Auch wird ausgesprochen, dafs der Schuldner bei Abwehr der nachteiligen Folgen des Gläubigerverzuges dasjenige Verfahren wählen soll, bei welchem die Interessen des Gläubigers möglichst wenig verletzt werden, und die Nichtanwendung der Aussetzungsbefugnis wird ausdrücklich gebilligt. Es ist gewifs nicht ohne Bedeutung, vielmehr ganz charakteristisch, dafs Paulus, der Mann des starren Prinzips und der unerbittlichen Logik, nichts von Modifikationen und Milderungen erwähnt, während der praktische Ulpian sich den üblen Wirkungen einer schrankenlosen Dereliktionsfreiheit nicht verschliefst. Immerhin ist auch Ulpian keineswegs der erste, welcher die Notwendigkeit einer Milderung des starren Dereliktionsprinzips betont, vielmehr meint bereits Pomponius in l. 8 D. 33, 6, dafs der Gläubiger „periculose" handeln werde, wenn er die Sache wegen Annahmeverzuges preisgebe. Mit diesem periculose

---

1) S. 339.

haben sich die Ausleger mehr beschäftigt, als es verdient. Ja MOMMSEN[1]) und ULRICH[2]) haben wegen dieses Wortes einen Widerspruch zwischen l. 8 D. 33, 6 und den vorcitierten Stellen des PAULUS und ULPIAN angenommen, an dessen Auflösung sie verzweifeln. Wir meinen jedoch, daſs dieses Wort nur eine Warnung an den Schuldner enthält, mit Zuhülfenahme des Dereliktionsrechts vorsichtig zu sein, und einen Hinweis darauf, daſs die Praxis der römischen Gerichte bezüglich der thatsächlichen Voraussetzungen der Dereliktionsbefugnis die strengsten Anforderungen zu stellen geneigt war. Nicht ganz dasselbe ist es, wenn SCHEY[3]) und DERNBURG[4]) aus „periculose“ entnehmen wollen, daſs das Wegschütten nur „äuſsersten Falles“ gestattet sei. Dies folgt daraus nicht unmittelbar. Wohl aber ist das praktische Resultat auch bei unserer Auffassung dasselbe, denn sicherlich wird man zu gewagten Mitteln nur in Notfällen greifen. Eine direkte Aufforderung an den Schuldner, bei Abwehr der mora creditoris die für den Gläubiger am wenigsten nachteiligen Maſsregeln zu ergreifen, enthält aber, wie bereits hervorgehoben, der Schluſspassus der l. 1 § 3 D. 18, 6[5]).

Daſs die Aussetzung des Leistungsobjektes im Falle der mora creditoris auf das Prinzip der Dereliktion zurückzuführen sei, wird von keinem Schriftsteller energischer bestritten, als von KOHLER. Nach ihm liegt in der Aussetzung, wie in den

1) Lehre von der Mora S. 311.

2) a. a. O. S. 90.

3) a. a. O. S. 32 Anm. 4.

4) DERNBURG, Pand. II § 43 Anm. 12.

5) Die von ULRICH a. a. O. S. 90 Anm. 20 referierte Ansicht von M. COHN, welcher die l. 8 D. 33, 6 damit erklärt, daſs bei stricti iuris obligationes eine einseitige Lösung des einmal geknüpften obligatorischen Bandes unmöglich sei, entspricht doch dem „periculose“ nicht. Nicht unmöglich, sondern nur „gewagt“ ist die einseitige Lösung.

übrigen vom Recht dem Schuldner zu seiner Entlastung zur Verfügung gestellten Rechtsbehelfen, ein Erfüllungssurrogat, nach dem Prinzip: „Der Schuldner thut ohne Beihülfe des Gläubigers, was er ohne diese Beihülfe thun kann, er macht einen Leistungsversuch, und dieser Leistungsversuch wird der vollendeten Leistung gleichgestellt“ [1]). Soll dem Gläubiger eine Sache übergeben werden, und er nimmt sie nicht an, so vollzieht der Schuldner den Traditionsakt zur Hälfte und stellt die Sache auf die Strafse, „mag sie dort der Gläubiger holen und den Traditionsakt perfizieren“ [2]). Allerdings hat diese Auffassung etwas auf den ersten Blick Bestechendes, sofern man nur l. l. 13—15 D. 18, 6 ins Auge faſst. Hier mag immerhin die Stellung des Objekts auf die Strafse als eine Handlung aufgefaſst werden, mit welcher der Schuldner dem Gläubiger insofern entgegenkommt, als der letztere zur Acceptation nun nicht mehr einer Mitwirkung des Schuldners bedarf. Es soll also nicht bestritten werden, daſs bei einem so gearteten Thatbestand allenfalls von einer Leistungsofferte (Traditionsofferte) gesprochen werden kann. Und dieser Thatbestand bildet denn auch die Grundlage der Kohlerschen Deduktion hinsichtlich des Aussetzungsaktes. Zu einer wesentlich anderen Ansicht muſs man jedoch gelangen, wenn man die die Effusion von Wein im Falle des Annahmeverzuges behandelnden Stellen gehörig berücksichtigt. Ist die Aussetzung Erfüllungssurrogat im Kohlerschen Sinne, d. h. ein Akt, mit welchem der Schuldner den Traditionsakt zur Hälfte vollzieht, so muſs von diesem Rechtsbehelf notwendigerweise dann abgesehen werden, wenn der Akt nur so beschaffen sein kann, daſs eine Vollendung der Tradition geradezu ausgeschlossen

1) Kohler a. a. O. S. 287.

2) Kohler a. a. O.

ist. Eine Leistungsofferte, die so geartet wäre, dafs eine Acceptation unmöglich ist, ist eben alles andere — nur nicht eine Leistungsofferte. So aber steht es mit der Weinausgiefsung. Dafs der Akt der Effusion einer Vernichtung dieses Objektes gleichkommt, ist klar. Wie soll dann diese Handlung eine Leistungsofferte, eine teilweise Tradition darstellen? Soviel halten wir für geradezu evident, dafs ein als solcher beabsichtigter Akt, welcher notwendig den Untergang des Objekts zur Folge haben mufs, niemals als eine auch nur teilweise Tradition angesprochen werden kann. Wenn KOHLER seine Aufstellung mit der Bemerkung verteidigt, dafs „der brutale Effekt der Substanzvernichtung“ durch die physikalische Natur der Sache gegeben sei[1]), so deduzieren wir umgekehrt eben, dafs bei einer Sache von einer derartigen physikalischen Besonderheit an eine theilweise Tradition im KOHLERschen Sinne nicht zu denken ist. Wenn nun nichts destoweniger eine Aussetzung mit der notwendigen Folge der Substanzvernichtung quellenmäfsig bezeugt wird, so kann eben das Prinzip dieses Instituts nicht dasjenige eines Traditionsversuchs, bezw. eines Erfüllungssurrogates sein.

Dafs bei alledem die Obligation ihrem Sinn und ihrem Umfang nach erfüllt ist, wenn der Gläubiger die ausgesetzte Sache in Besitz genommen, ist unbestritten. In diesem Falle hat er eben erlangt, was ihm gemäfs der Obligation zukam, wenngleich nicht auf Grund einer Tradition des Schuldners, so doch auf Grund eines Verhaltens desselben, welches die von dem Gläubiger bewirkte Okkupation als eine nach jeder Richtung legitime erscheinen läfst. Und wenn ein Dritter eigenmächtig die ausgesetzte Sache in Besitz nimmt, so hat der Gläubiger zwar kein gegen den Dritten durchsetzbares

---

1) KOHLER a. a. O. S. 298.

Recht, die Sache an sich zu ziehen, wohl aber eine Schadensersatzforderung, die oben erwähnte actio furti. Aus dem Umstand aber, dafs der Gläubiger, wenn er die ausgesetzte Sache in Besitz nimmt, das ihm auf Grund der Obligation gebührende erhält, folgt nicht, dafs die Aussetzung ein Traditionsanerbieten sei oder ein solches enthalte, vielmehr würde diese Ansicht dem wahren Zweck des Instituts nicht entsprechen.

b) Deposition.

§ 3.

So gering man von dem nationalökonomischen Wissen und Können der Römer denken mag, so ist doch soviel unbestreitbar, dafs sie sich über die wirtschaftliche Unmöglichkeit, welche in der Gestattung der Dereliktion bei Geldschulden liegen würde, niemals einem Zweifel hingegeben haben. Hier tritt dann der Rechtsbehelf der Deposition an die Stelle der Dereliktionsbefugnis, und andererseits bilden diejenigen Obligationen, welche Geldleistungen zum Gegenstand haben, das Hauptanwendungsgebiet der Deposition.

Ob die Deposition, um die beabsichtigten Wirkungen eines Schutzmittels des Schuldners gegen die ihm sonst nachteiligen Wirkungen des Gläubigerverzuges zu haben, bei einem Dritten geschehen mufste oder auch Niederlegung bei sich selbst (dem Schuldner) sein durfte, m. a. W., ob es genügte, wenn der Schuldner den Leistungsgegenstand von seiner Privatwirtschaft absonderte, ohne ihn im übrigen aus dem Bereich seines Hauses zu entfernen, läfst sich mit positiver Sicherheit aus unseren Quellen nicht entscheiden, obwohl die Bejahung der Statthaftigkeit der Verwahrung im Gewahrsam des Schuldners nach Mafsgabe des Quellenmaterials die gröfsere Wahrscheinlichkeit für sich hat.

Wenn Voigt[1]) sich gegen die Zulässigkeit einer Niederlegung im eigenen Gewahrsam auf l. 45 pr. D. 50, 17; l. 15 und l. 31 § 1 D. 13, 3 beruft, in welchen Fragmenten der Satz ausgesprochen ist: depositum rei suae esse non potest, so ist bereits von anderer Seite[2]) treffend darauf hingewiesen worden, dafs hier nicht ein Niederlegungsvertrag, sondern nur eine faktische Verwahrung in erster Linie in Frage kommt, und dafs es eine petitio principii enthält, zu behaupten, dafs die Deposition von vorneherein immer mit Abschlufs eines Verwahrungsvertrages verbunden sein mufste. Andererseits ist allerdings zuzugeben, dafs man sich für die Annahme der Zulässigkeit der Verwahrung beim Schuldner selbst nicht wohl auf die vielcitierte l. 7 D. 22, 1 berufen kann, welche zu ihrer Erklärung nicht, wie Kohler[3]) meint, „mannigfacher Suppositionen" bedarf, sondern nur der nicht abzuweisenden Erwägung, dafs eine actio depositi utilis zu Gunsten des Gläubigers gegen den Depositar dem Papinian, von welchem diese Stelle herrührt, noch unbekannt war, wie dies Voigt (a. a. O.) richtig ausführt. Und es heifst den Sprachgebrauch der römischen Rechtsquellen in unzulässiger Weise urgieren, wenn man mit Kohler[4]) aus den Worten: obsignavit et deposuit nec in usus suos convertit in c. 1 C. 8, 17 und deposuit obsignatam tuto in loco in l. 28 § 1 D. 26, 7 die Statthaftigkeit der Deposition in der eigenen Behausung des Schuldners ableiten wollte. In der Codexstelle kommt es den Kaisern Severus und Antoninus nur auf den Satz an, dafs Deposition der Leistung gleich steht, sofern das Depositum später nicht zurückgezogen wird. Die Frage,

1) Jus naturale III S. 1074 Anm. 1687.

2) Kohler S. 305; vgl. auch Ulrich S. 32.

3) S. 306.

4) a. a. O.

wo die Hinterlegung erfolgt ist, wird nicht berührt. Und die Worte: tuto in loco in l 28 § 1 cit. sind doch aufserordentlich insignificant. Dagegen spricht die l. 8 D. 18, 3 in den Worten: et sacculum cum pecunia signatorum signis obsignavit, da hier die relevante Thätigkeit nur als ein obsignare, ohne Erwähnung eines gleichzeitigen oder folgenden deponere, bezeichnet ist, doch mehr für diejenige Ansicht, welche nach älterem Recht einen eigentlichen Verwahrungsvertrag nicht als erforderlich erachtet[1]).

In der That läfst sich nicht verkennen, dafs vom Standpunkt des älteren römischen Rechts aus es praktisch empfehlenswert erscheinen mufste, dem Schuldner die Deposition bei sich selbst zu gestatten. Denn, wie bereits hervorgehoben, stand dem Gläubiger ursprünglich eine Klage gegen den Depositar nicht zu, vielmehr war der Schuldner verpflichtet, auf Verlangen des Gläubigers das Depositum zurückzuziehen und dem Gläubiger auszuantworten[2]). Dieser für

1) Die Stelle lautet im ganzen: Scaevola libro septimo digestorum: Mulier fundum Gajo Sejo vendidit et acceptis arrae nomine certis pecuniis statuta sunt tempora solutioni reliquae pecuniae: quibus si non paruisset emtor, pactus est, ut arram perderet et inemtae villae essent. die statuto emtor testatus est se pecuniam omnem reliquam paratum fuisse exsolvere (et sacculum cum pecunia signatorum signis obsignavit), defuisse autem venditricem, posteriore autem die nomine fisci testato conventum emtorem, ne ante mulieri pecuniam exsolveret quam fisco satisfaceret. quaesitum est, an fundi non sint in ea causa, ut a venditrice vindicari debeant ex conventione venditoris. respondit secundum ea quae proponerentur non commisisse in legem conditionis emtorem; vgl. auch c. 9. C. 8, 43; l. 41 § 1 D. 22, 1; l. 11 § 3 D. 19, 2. Dafs in der letzteren Stelle von einer Deposition in einem fremden Weinkeller die Rede sei, kann nicht ohne weiteres unterstellt werden. Beim Mangel einer speziellen Andeutung dürfte hier eher an die apotheca des conductor zu denken sein. Abweichend Ulbich S. 33 Anm. 13.

2) Vgl. Voigt a. a. O., Ulbich S. 47.

alle Beteiligten lästige Umweg war vermieden, sofern das Leistungsobjekt aus dem (objektiven) Gewahrsam des Schuldners überhaupt nicht herausgetreten war. Nachdem nun aber die Kaiser DIOCLETIAN und MAXIMIAN dem Gläubiger eine actio utilis contra depositarium vel ipsas pecunias verliehen hatten, fiel der erwähnte Grund, dem Schuldner die Möglichkeit der Hinterlegung in seiner eigenen Behausung zu gewähren, fort, und so kann es nicht auffallen, wenn die Kaiser in demselben Gesetz, in welchem sie die vorgedachte a. utilis einführen (c. 19 C. 4, 32)[1]), den Schuldner ausschliefslich auf eine Hinterlegung in publico verweisen, wobei unter „publicum" auch sacratissimae aedes vel ubi competens iudex super ea re aditus deponi eas disposuerit verstanden werden soll[2]).

Aus der citierten Codexstelle ergiebt sich also eine wichtige Folgerung der Notwendigkeit der Deposition in publico. Hiermit ist nicht nur die Hinterlegung beim Schuldner, sondern auch bei jedem beliebigen Dritten ausgeschlossen[3]), und wurde die zweifellos auch schon vorher üblich gewesene und vielfach anempfohlene[4]) Hinterlegung in publico gesetzliches Erfordernis, selbstverständlich nur insofern, als es zur Befreiung des durch mora creditoris in seinen wirtschaftlichen Interessen bedrohten Schuldners überhaupt der Hinterlegung bedurfte, also bei Geldforderungen. Im übrigen richtete sich

1) Oder, wenn c. 9 C. 8, 43 zeitlich früher liegt, als c. 19 C. 4, 32, die bereits früher in Anwendung gebrachte a. utilis ausdrücklich bestätigen, bezw. zu einer feststehenden Institution erheben.

2) Vgl. c. 8 C. 3, 42.

3) Vgl. ULRICH S. 36.

4) l. 73 D. 3, 3; l. 7 § 2 D. 4, 4 (hodie solet pecunia in aedem deponi); l. 1 §§ 36, 37 D. 16, 3; l. 5 § 2 D. 16, 3; l. 64 D. 47, 1; l. 56 § 1 D. 17, 1.

die Frage der Modalitäten und des Ortes der Deposition, wie naturgemäfs, nach dem Leistungsobjekt. Wir haben erwähnt, dafs bei den Römern, wie es auch heutzutage der Fall ist, das Hauptanwendungsgebiet der Deposition Geld war. Hier standen dem Schuldner zweierlei Anstalten zu Gebote, die aedes sacrae (Tempel) und die Banken. Es ist bekannt und bedarf hier nicht näherer Ausführung, dafs die römischen Tempel von alters her zur Aufbewahrung von Geldern und anderen Wertsachen dienten, und dafs diese Verwendung von Tempelräumen insofern später auf die christlichen Kirchen übertragen wurde, als Gelder von nun an vielfach in dem zur Verwahrung der gottesdienstlichen Gerätschaften dienenden Kirchenraum deponiert wurden [1]). Wenn nun auch der publizistische Charakter, der den gottesdienstlichen Gebäuden eigen war und sie hervorragend geeignet zur Aufnahme von Depositen machte, den Banken abging, so dafs ihrer in c. 19 C. 4, 32 cit. auch nicht besondere Erwähnung geschieht, so werden wir dennoch annehmen dürfen, dafs unter denjenigen Anstalten, ubi competens iudex super ea re aditus deponi eas disposuerit, in erster Linie an die im römischen Reiche überall verbreiteten Banken (argentarii, nummularii, mensularii) zu denken ist. Ja in l. 24 § 2 D. 42, 5 wird den mensularii sogar publica fides zugeschrieben [2]).

Dafs die römischen Depositenanstalten sich auf die Annahme von Geld nicht beschränkt, sondern auch solche Sachen angenommen haben, deren Verwahrung der Organisation der Anstalten entsprechend war, wird von Kohler [3]) zutreffend hervorgehoben, und dürfte ohne weiteres als feststehend er-

---

1) Vgl. Muther, Sequestration und Arrest S. 358 fg.; Ulrich a. a. O. S. 34; Kohler a. a. O. S. 308.

2) Vgl. auch l. 7 § 2 D. 16, 3 und l. 39 D. 46, 3.

3) S. 309.

achtet werden, wenn auch nicht eine Reihe von Quellenstellen von der Verwahrung von Urkunden[1]), Schatullen[2]) (Kostbarkeiten) und Sachen[3]) überhaupt spräche.

Im übrigen wird daran festgehalten werden müssen, daſs nur bei Geldforderungen, denen allenfalls noch die Ansprüche, deren Objekt Kostbarkeiten, Dokumente oder Wertpapiere, sofern die letzteren im römischen Verkehr vorkamen oder von Erheblichkeit waren, gleichzustellen sind, die Deposition in dem eben dargelegten Sinne ein unbedingtes Erfordernis für ein Verfahren des Schuldners, sich gegen die nachteiligen Wirkungen der mora creditoris zu schützen, gebildet hat. Wir wissen zwar, daſs bei den Römern auch Lagerhäuser bestanden, und daſs ALEXANDER SEVERUS öffentliche Magazine (horrea) errichten lieſs, in welchen auch andere, als die eben erwähnten Gegenstände, deponiert werden konnten[4]), und es wird keinem Zweifel begegnen, daſs der um Bezeichnung eines Depositars angegangene Richter[5]) auf derartige Anstalten bei Sachen, die nicht Geld, Kostbarkeiten oder Dokumente waren, verwiesen haben wird, und ferner, daſs solche Anstalten angesichts des Umstandes, daſs Dereliktion für den Schuldner jedenfalls ein „gewagter" Behelf blieb, in ausgedehntem Maſse benutzt wurden. Eine unbedingte gesetzliche Notwendigkeit der Hinterlegung bestand jedoch, wie bemerkt, bei anderen Objekten, als Geld u. s. w., nicht. Hier ist es daher prinzipiell stets bei der Zulässigkeit der

---

1) l. 4 § 3, l. 5 D. 10, 2; l. 3 § 3, l. 5 D. 43, 5; l. 77 § 26 D. 31.

2) l. 31 § 3 D. 39, 5.

3) l. 1 §§ 36. 37, l. 5 § 2 D. 16, 3; l. 6 (5) D. 48, 13; c. 20 C. 8, 14; c. 3 C. 8, 30 (31).

4) Vgl. die Citate bei MUTHER S. 368; KOHLER S. 310 u. ULRICH S. 35.

5) Vgl. c. 19 C. 4, 32.

Preisgebung des Leistungsgegenstandes verblieben, freilich mit der sich aus l. 1 § 3 D. 18, 6 ergebenden Maſsgabe, wonach der Schuldner gehalten war, die für den Gläubiger möglichst wenig nachteiligen Maſsregeln zu ergreifen, was denn allerdings unter Umständen die Deposition auch bei anderen Schuldobjekten, als Geld, zu einer Pflicht des Schuldners machen muſste.

Richtiger wenn auch bestrittener Ansicht nach ist die prinzipielle Zulässigkeit der Deposition auch bei Grundstücken nicht zu verneinen. Die Verwahrung geschieht hier in Form der Sequestration [1]). Die gegenteilige Ansicht führt an, daſs für die Zulässigkeit einer Sequestration von Immobilien zur Abwehr der nachteiligen Folgen von mora creditoris weder die Quellen noch ein praktisches Bedürfnis spreche, und daſs diese Annahme sogar mit der Natur der Sache in Widerspruch stehe, da die Sequestration nicht ewig dauern könne, und eine Verkaufsselbsthülfe bei Immobilien nicht gegeben sei [2]). Unbestreitbar ist ja, daſs eine die Sequestration von Immobilien in dem hier erörterten Falle behandelnde Quellenstelle sich nicht vorfindet, und ferner auch, daſs die Quellen eines Grundstücke betreffenden Depositalvertrages nicht Erwähnung thun. Hieraus aber zu folgern, daſs ein Depositum bezw. eine Deposition (Sequestration in dem gedachten Falle) von Grundstücken vollkommen ausgeschlossen sei, erscheint allzu kühn. Das Schweigen der Quellen erklärt sich hinreichend aus der Erwägung, daſs bewegliche Sachen naturgemäſs das Hauptanwendungsgebiet der Hinterlegung bezeichnen [3]). Zu dem Schlusse, daſs sie auf Mobilien beschränkt

1) Donellus de Jur. Civ. XVI c. 14 § 15 spricht schon von Bestellung eines curator.

2) Kohler S. 344—345.

3) Vgl. auch Dernburg, Pand. II § 61 Anm. 6 und § 92 Anm. 7.

sei, sind wir nicht verpflichtet. Auch erscheint, wie wir meinen, ein praktisches Bedürfnis, die Sequestration von Immobilien im Falle des Gläubigerverzuges zu gestatten, nicht geradezu ausgeschlossen. Gewiſs sind „die Zerstörungskünste von Wind und Wetter, die Habsucht der Menschen" den Immobilien nicht in gleicher Weise gefährlich, wie den beweglichen Sachen, aber ganz ohne Gefahr sind diese Umstände auch den ersteren nicht, man denke insbesondere an bebaute Grundstücke, bei denen auch eine eigentliche Bewachung und Verwahrung am ehesten zu denken ist. Vollends unzutreffend aber ist die Deduktion, daſs die hier verteidigte Annahme der Natur der Sache widerspreche, da die Sequestration zeitlich beschränkt sein müsse, und eine Verkaufsselbsthülfe bei Immobilien ausgeschlossen sei. Man wird doch nicht leugnen können, daſs auch die Hinterlegung von Mobilien nicht „ewig" dauern konnte und kann. Auch der öffentlichen Hinterlegungsstelle, sicherlich aber einem Privaten, muſste es gestattet sein, die Pflicht einer Verwahrung des Leistungsgegenstandes ohne Zeitbeschränkung abzulehnen, somit bei zeitlich ungemessener Ausdehnung der Deposition die gesetzlich gegebenen Rechtsbehelfe — es sind dies naturgemäſs keine anderen, als in jedem Falle der mora creditoris zustehen, — zur Anwendung zu bringen. Es ist nicht abzusehen, inwiefern in dieser Beziehung irgend ein Unterschied zwischen beweglichen Sachen und Immobilien bestehen soll. Die Frage der Zulässigkeit der Verkaufsselbsthülfe kann offenbar einen Unterschied nicht wohl begründen. Demnach können wir, sofern das positive Recht im übrigen die Zulässigkeit der Deposition nicht auf gewisse Kategorien von Sachen beschränkt, was eben bezüglich des römischen Rechts nicht der Fall ist, eine Ausschlieſsung gerade der Immobilien von der Anwendung dieses Rechtsbehelfs nicht als gerechtfertigt ansehen.

Während das Rechtsinstitut der Aussetzung des Leistungsobjektes das auf Befreiung von der Schuldverbindlichkeit gerichtete Interesse des Schuldners in so energischer Weise schützt, dafs das Interesse des Gläubigers daneben völlig unberücksichtigt bleibt, ist für die Deposition charakteristisch, dafs sie dem Schuldner hilft, ohne dem Gläubiger über Gebühr zu schaden. Die Aussetzung hebt nicht nur die Kustodiapflicht des Schuldners auf, sondern zerstört zugleich jedes etwa vorhandene sachenrechtliche Band zwischen diesem und dem Objekt der Obligation, indem sie Dereliktion ist; die Deposition dagegen beläfst es bei dem Eigentum des Schuldners an dem Leistungsgegenstand und befreit ihn nur von der Pflicht der weiteren Obsorge für die Leistung. Wenn Schey die Rechtsbehelfe des Schuldners, sich von der Belästigung durch den Annahmeverzug zu liberieren, sämtlich so angesehen wissen will, dafs durch sie der Schuldner nur der Sorge für Aufbewahrung und Behütung des Gegenstandes enthoben werde, so ist diese Auffassung, wie wir gesehen haben, für die Aussetzung abwegig, für die Deposition dagegen durchaus zutreffend. Ja in gewissem Sinne gewährleistet die Hinterlegung nicht nur das Interesse des Schuldners, sondern auch dasjenige des Gläubigers, indem die Organisation der Anstalten, bei welchen die Deposition zu erfolgen hat — die Römer sprechen von Deposition „tuto in loco“ —, dem Gläubiger eine sichere Verwahrung garantiert.

Anlangend die Frage nach der Natur der Deposition im Falle der mora creditoris, so bringt auch hier Kohler seine Auffassung zur Anwendung, nach welcher die dem Schuldner zur Abwehr des Gläubigerverzuges gewährten Rechtsbehelfe Erfüllungssurrogate nach dem Prinzipe seien, der Schuldner leiste, was er ohne Mitwirkung des Gläubigers zu leisten imstande sei, und dieser Leistungsversuch stehe

der vollendeten Leistung gleich, wobei jedoch hervorgehoben wird, daſs dieser Leistungsversuch sich beim Institut der Hinterlegung mit dem Streben nach möglichster Erhaltung des Rechtsguts verbinde [1]). Dementsprechend erkennt KOHLER auch in der Deposition des Obligationsobjekts eine Traditionsofferte.

Man wird, um zur Klarheit über das Wesen der Hinterlegung bei mora creditoris zu gelangen, sich gegenwärtig halten müssen, daſs der Rechtsbehelf der Deposition nicht nur in dem gedachten Falle gewährt ist, sondern bei vielfach verschieden gestalteten Rechtsverhältnissen vorkommt, die im wesentlichen darin übereinstimmen, daſs der direkten Lösung des obligatorischen Bandes ein Hindernis in der Person des Gläubigers entgegensteht. So ist Deposition nicht nur dann gestattet, wenn der Gläubiger nicht annehmen will, sondern auch dann, wenn er nicht annehmen kann, und in dem Falle, wenn die Person des Gläubigers ungewiſs ist [2]). Wir werden aber annehmen dürfen, daſs das Institut der Hinterlegung in allen Fällen, in welchen es dem an direkter Liberation gehinderten Schuldner gewährt ist, seinem Wesen nach ein und dasselbe ist. Fassen wir nun den Fall der Hinterlegung wegen Ungewiſsheit des Gläubigers ins Auge, so ist die Annahme, daſs hier bei dem so gearteten Thatbestande eine Traditionsofferte des Schuldners an einen der ihm nicht einmal bekannten Forderungsprätendenten vorliege, zwar nicht unmöglich, aber gewiſs nicht gerade ansprechend, und dieser Umstand spricht auch nach dem vorstehend Bemerkten gegen die von KOHLER verteidigte Auffassung, betreffend das Wesen der Hinterlegung bei Gläubigerverzug.

---

1) KOHLER S. 305.

2) Vgl. DERNBURG, Pand. II § 61.

Erheblicher aber ist noch folgender Umstand: Stellt man sich auf den, wie oben bemerkt, sehr probabeln Standpunkt, daſs die Deposition nicht notwendig von Anfang an Deposition bei einem Dritten hat sein müssen, sondern anfänglich auch ohne Entfernung der Sache aus dem Hause des Schuldners lediglich durch Absonderung derselben von der sonstigen Privatwirtschaft des Schuldners erfolgen konnte, so ist unverständlich, wie in der Deposition eine Traditionsofferte liegen konnte. Denn unerläſslich für den Begriff der Traditionsofferte scheint uns die Schaffung einer vorher nicht vorhanden gewesenen Möglichkeit des Zutritts des Destinatärs zur Sache zu sein, es leuchtet aber ein, daſs diese Möglichkeit des Zutritts zur Sache durch eine einfache Absonderung des Objekts von den übrigen Vermögensstücken des Schuldners keine gröſsere geworden sein kann, als sie vorher war. Aber auch die Deposition bei Dritten in derjenigen Gestalt, die ihr im älteren Recht eigen war, entspricht mit nichten der Auffassung der Traditionsofferte. Wir wissen, daſs der Gläubiger eine Klage gegen den Depositar nicht von Anfang an hatte, sondern gezwungen war, sich an seinen Schuldner zu halten, der seinerseits das Depositum zurückziehen und dem Gläubiger ausantworten, eventuell aber seine Klage gegen den Depositar dem ersteren abtreten muſste. Daſs dabei, wenn die Sache zu Gunsten des Gläubigers deponiert war, der Verwahrer legitimiert war, dieselbe dem Gläubiger auszuhändigen, ist ja allerdings unzweifelhaft, aber da eine Verpflichtung des Depositars dem Gläubiger gegenüber in dieser Richtung jedenfalls nicht bestand, war der Gläubiger sicherlich in einer groſsen Zahl von Fällen genötigt, sich behufs Erlangung der Sache ungeachtet der Deposition an den Schuldner zu halten; in diesen Fällen ergab sich daher irgend eine Erleichterung des Zutritts für den Gläubiger aus der Hinterlegung jedenfalls

nicht. Auch diese rechtliche Gestaltung läfst die KOHLERsche Auffassung für das ältere Recht, wenn sie dahin verstanden werden mufs, dafs sie das Prinzip wiedergeben wolle, als unhaltbar erscheinen.

Sonach ist die Hinterlegung bei mora creditoris nicht nur ein Mittel des Schuldners, sich von der custodia-Pflicht zu befreien, sondern sie ist von Hause aus nichts als ein solches. Sie ist insbesondere weder Traditionsofferte noch Erfüllungssurrogat im KOHLERschen Sinne. Es fragt sich nun, welche Veränderung diese Rechtslage durch das vorerwähnte Gesetz Kaiser DIOKLETIANS (c. 19 C. 4, 32) erfahren hat. Indem dieses Gesetz dem Gläubiger eine a. utilis adversus depositarium verlieh, schnitt es zugleich jeden Anspruch des Gläubigers gegen den Schuldner für die Dauer des Depositionsverhältnisses ab. Eine derartige Gestaltung des Rechtsverhältnisses konnte um so eher Platz greifen, als durch die a. utilis, welche dem Gläubiger gewährt wurde, die Interessen desselben hinreichend gewahrt blieben. Denn die a. utilis geht nicht nur gegen den Depositar, sondern war ausdrücklich contra depositarium vel *ipsas pecunias* gegeben. Dem Gläubiger bleibt also im Falle der Deposition der für ihn wesentliche Anspruch auch dann erhalten, wenn die Sache sich nicht mehr beim Depositar (und auch nicht bei dem Schuldner) befindet. Der Anspruch geht dann gegen jeden, der die Sache detiniert, contra quemcunque possidentem[1]). Und es erscheint auch unbedenklich, diesen Anspruch, wie dies regelmäfsig geschieht, als actio in rem, d. h. vindicatio utilis anzusprechen, und so anzunehmen, dafs der Eigentumsanspruch ohne Eigentum oder zum mindesten die a. Publiciana ohne publicianischen Besitz dem Gläubiger wenigstens in dem

---

1) Vgl. KOHLER S. 319.

Falle gewährt sei, wo der Schuldner selbst Eigentümer oder b. f. possessor der den Gegenstand der Obligation bildenden Sache ist. In der That wäre ohne die Gewährung der vindicatio utilis an den Gläubiger die Abschneidung der Klage gegen den Schuldner ganz unmöglich gewesen. Trotz der sorgsamen Auswahl, die auch bei den Römern hinsichtlich der Hinterlegungsstellen geherrscht haben und den Schuldnern zur Pflicht gemacht worden sein mag, durfte der Fall, daſs die Sache in die Hände eines Dritten gelangte, nicht unberücksichtigt bleiben. Hier konnte aber nur die Fortdauer der Klage gegen den Schuldner oder die Gewährung der dinglichen Rechtsbehelfe an den der dinglichen Rechte entbehrenden Schuldner helfen, und in solcher Lage haben die Römer ohne weiteres sich für das Zweckmäſsige entschieden, ohne Rücksicht darauf, daſs mit der Gewährung des Eigentumsanspruchs ohne Eigentum, des Anspruchs, welcher Konsequenz des Eigentums ist, ohne seine Voraussetzung, in die Konstruktion ihres logischen Gebäudes ein Schönheitsfehler kam[1]). Dazu tritt, daſs die Gewährung des Eigentumsanspruchs an den Gläubiger, wie des näheren unten dargelegt werden wird, das praktikabelste Mittel bildete, um ihm zur Erfüllung seines Anspruchs, sofern dieser auf Eigentumsübertragung gerichtet war, zu verhelfen.

Bezüglich der Frage nach dem rechtlichen Grunde der actio utilis contra depositarium ist viel Meinungsverschiedenheit zu konstatieren. Soviel kann ohne weiteres als feststehend erachtet werden, daſs die früher weit verbreitet gewesene Ansicht, derzufolge wir im Thatbestande der Deposition mit folgendem Anspruch eines Dritten gegen den Depositar einen Fall der Stellvertretung, sei es der beauftragten

1) Kohler S. 320. 321.

(indirekten), sei es der unbeauftragten, der negotiorum gestio, zu erkennen haben, weit abzuweisen ist [1]). Der Gesichtspunkt irgend welcher Vertretung ist ganz unvereinbar jedenfalls mit einer Rechtslage, wie der vorliegenden, bei welcher es dem Deponenten gar nicht auf das Interesse des Gläubigers, des angeblich Vertretenen, sondern wesentlich auf sein eigenes Interesse ankommt [2]). Und in dieser Beziehung macht es keinen Unterschied, ob der Deponent, wie im Falle der c. 8 C. 3, 42 bei der Deposition dem Verwahrer eine Anweisung zur Aushändigung der Sache an den Dritten gegeben hat, oder ob eine solche Anweisung, wie bei c. 19 cit., nicht unterstellt zu werden braucht. Denn das ausschlaggebende Moment, dafs prinzipiell der Deponent nicht des Dritten Interesse im Auge zu haben braucht, greift bei beiden Thatbeständen Platz.

Auch der Gesichtspunkt des Vertrages zu Gunsten eines Dritten ist auf das vorliegende Rechtsverhältnis zur Anwendung gebracht worden. Auch hiergegen hat man darauf hingewiesen, dafs der deponierende Schuldner zwar für den Gläubiger, aber nicht statt desselben deponiere, dafs er in eigenem Interesse, um der eigenen Verantwortung ledig zu werden, nicht aber, um das Interesse des Gläubigers zu fördern, handle [3]), während von anderer Seite [4]) wiederum gegen diese Argumentation eingewendet worden ist, dafs, falls man überhaupt ein Recht des Versprechensempfängers als vereinbar mit dem Vertrage zu Gunsten eines Dritten ansehe, nicht abzusehen sei, warum von diesem Begriff diejenigen Verabredungen zu Gunsten Dritter ausgeschlossen sein sollen,

1) Vgl. Litteraturangaben bei ULRICH a. a. O. S. 43—44.
2) Vgl. auch UNGER, Jahrb. f. Dogm. X S. 46.
3) Vgl. UNGER a. a. O. S. 48—50.
4) REGELSBERGER, Krit. V.J.Schrift Bd. 11 S. 507.

an deren Errichtung auch jener ein rechtliches Interesse habe[1]). Und KOHLER schliefslich hat die Zurückführung des hier in Rede stehenden Rechtsverhältnisses auf den Begriff eines Vertrages zu Gunsten eines Dritten dadurch stützen wollen, dafs er diesen Begriff zu der allgemeinen Kategorie eines Vertrages mit unmittelbarem Rechtserwerb eines Dritten ausweitet[2]).

Wir meinen nun, dafs mit der Entscheidung der Frage, ob wir es hier mit einem Vertrage zu Gunsten eines Dritten zu thun haben, überhaupt nicht viel gewonnen ist. Für das römische Recht ist es ganz unbestreitbares Prinzip, dafs ein Vertrag nur Rechtswirkungen unter den Kontrahenten schaffen kann, und dafs die Ausnahmen — eben nur Ausnahmen sind[3]). Diese Ausnahmen aber sind unter sich so verschieden, dafs ein einheitliches Prinzip, welchem sie unterzuordnen wären, nicht zu erkennen, und sonach auch die Hoffnung, eine einheitliche Theorie der Verträge zu Gunsten Dritter zu finden, durchaus aufzugeben ist[4]). Und ebenso ist zu behaupten, dafs an diesem für die Freunde einer einheitlichen Konstruktion anscheinend gleichartiger rechtlicher Erscheinungen nicht eben sehr erfreulichen Zustande durch die Entwickelung des gemeinen Rechts eine Veränderung nicht geschaffen worden ist[5]). So werden wir uns denn damit begnügen müssen, davon Abstand zu nehmen, die a. utilis der c. 19 C. 4, 32 und ebenso auch der c. 8 C. 3, 42 auf ein allgemeineres Prinzip zurückzuführen, und lediglich konstatieren können, dafs wir hier eine rechtliche

1) Einen Vertrag zu Gunsten eines Dritten unterstellt auch JHERING, Jahrb. f. Dogm. Bd. II S. 117.

2) a. a. O. S. 318.

3) So STOBBE, Deutsches Pr.R. III S. 111.

4) Vgl. STOBBE, Z. f. H.R. 19 S. 305.

5) Vgl. WINDSCHEID, Pand. II § 316.

Erscheinung vor uns haben, bei welcher aus einem Vertragsschlusse rechtliche Wirkungen nicht nur unter den Kontrahenten, sondern auch für einen Dritten in der Art resultieren, daſs derselbe aus dem Vertrage, an dem er selbst nicht Teil genommen, ein klagbares Recht für sich selbst erwirbt.

Können wir sonach die Entstehung der a. depositi utilis zu Gunsten des Gläubigers weder auf die Kategorie der Stellvertretung, noch des Vertrages zu Gunsten eines Dritten, noch sonst irgend eine andere allgemein zu denkende Kategorie von Rechtsgeschäften oder Rechtsverhältnissen zurückführen, so werden wir dennoch für die hier zu konstatierende Thatsache, daſs aus einem Vertragsschlusse rechtliche Wirkungen nicht nur unter den Vertragsschlieſsenden, sondern auch für einen Dritten entstehen, eine juristische Erklärung suchen müssen. Mit der Ausführung UNGERS[1]), daſs das selbständige Klagerecht des Gläubigers nur eine Reflexwirkung des eigenen Interesses des Deponenten sei, da der Dritte den eigenen Restitutionsanspruch in erster Linie nicht um seinet-, sondern um jeneswillen habe, ist natürlich eine hinreichende Erklärung nicht gegeben. Zutreffend bemerkt ULRICH[2]), daſs mit dieser Aufstellung einer Reflexwirkung die Sache mehr geschildert, als erklärt sei. ULRICH selbst erkennt bei dem Thatbestand der c. 8 C. 3, 42 ein wahres Anerbieten der Cession des aus der Deposition entspringenden Anspruchs als vorliegend, während wir es nach diesem Schriftsteller im Falle der c. 19 C. 4, 32, bei welchem eine ausdrückliche Anweisung des Schuldner-Deponenten zur Ausantwortung der hinterlegten Sache an den Gläubiger fehlt, mit einem fingierten Cessionsanerbieten zu thun haben. Wir meinen jedoch, daſs

1) a. a. O. S. 49.
2) a. a. O. S. 46.

es unter allen Umständen mifslich ist, die Annahme einer Fiktion zu Hülfe zu nehmen, und dafs dieser Ausweg vermieden werden mufs, sofern es irgend geht. In der That aber liegt bei der Deposition des Schuldners im Falle des Gläubigerverzuges nicht ein wahres oder fingiertes Cessionsanerbieten, sondern geradezu ein Übergang der dem Schuldner zustehenden Ansprüche auf den Gläubiger kraft gesetzlicher Bestimmung vor. Zwar pflegt man auch zur Erklärung eines derartigen Überganges den Gedanken der Fiktion heranzuziehen, indem der kraft Gesetzes stattfindende Übergang von Forderungsrechten resp. Ansprüchen als eine fingierte Cession seitens des bisherigen Gläubigers bezeichnet wird. Aber in dieser Bezeichnung liegt nur eine Redefigur, eine bequeme Hinweisung auf den Umstand, dafs der gesetzlich eintretende Übergang von Forderungsrechten und Ansprüchen im wesentlichen den Grundsätzen der Cession unterliegt[1]). Zur Erklärung dieser Succession ist aber der Gesichtspunkt eines in Wahrheit nicht vorhandenen und nur fingierten Geschäfts nicht erforderlich. Im Gegensatz hierzu kennt das objektive Recht einen lediglich kraft Gesetzes eintretenden Rechtseffekt, welcher der durch eine Cessionsofferte erzielten Wirkung gleich steht, nicht. Für die hier reprobierte Auffassung ist also die Fiktion nicht eine Redewendung, sondern eine Denkfigur, was offensichtlich einen erheblichen Mangel dieser Auffassung darstellt.

Wenn wir sonach annehmen, dafs infolge der Deposition des Obligationsobjekts bei mora creditoris ein Übergang der a. depositi und der dinglichen Rechtsbehelfe von Gesetzeswegen auf den Gläubiger stattfindet, so ist allerdings diejenige Modifikation nicht aufser acht zu lassen, die diese

---

1) Vgl. Dernburg, Pand. II § 49 a. E.

Succession auf Grund der Worte: „si quidem ei, qui deposuit successisti, jure hereditario depositi actione uti non prohiberis“ der c. 8 C. 3, 42 und der Worte: „nisi forte eas receperit“ der c. 19 C. 4, 32 erfährt. Danach ist das auf den Gläubiger übergehende Recht dadurch beschränkt, daſs der Schuldner-Deponent in der Lage ist, bis zur Geltendmachung desselben seitens des Gläubigers den Depositar wegen Restitution der Sache in Anspruch zu nehmen, m. a. W., „daſs der dritte Gläubiger nur ein der Gegenordre des Deponenten-Schuldners unterworfenes Recht erwirbt“ [1]). Aus dieser Rechtslage darf aber gegen die Annahme, daſs der Erwerb der a. utilis durch den Gläubiger auf einem begrifflich einen Rechtsverlust auf der einen Seite involvierenden Rechtsübergang beruht, ein Argument nicht abgeleitet werden. Wenn schon nach der zweifellos zutreffenden Auffassung Dernburgs [2]) die Gültigkeit einer vertragsmäſsigen Rechtsveränderung an eine lediglich von dem Willen des einen Kontrahenten abhängige Bedingung auch dann, wenn dieselbe nur in dem fortdauernden Wollen oder dem Nichtvorhandensein des Nichtwollens besteht, geknüpft werden kann, so muſs um so mehr das etwaige Nichtwollen des bisher Berechtigten dann als relevant gelten können, wenn die Rechtsveränderung, wie bei der cessio legis, nicht auf dem Willen des bisher Berechtigten, sondern auf gesetzlicher Bestimmung beruht. Der etwaige Einwand, daſs an einen Rechtsverlust, also auch einen Rechtsübergang deswegen hier nicht zu denken sei, weil der Deponent bis zur Klageanstellung durch den Gläubiger die Restitution der Sache an sich verlangen könne, würde also nicht durchgreifen. Und schlieſslich spricht gegen unsere Auffassung auch nicht

---

1) Kohler, S. 318.

2) Dernburg, Pand. I § 108, preuſs. Privatrecht I § 92.

der Umstand, daſs die dem Gläubiger gegebene Klage nicht sowohl als die direkte Klage des Deponenten, sondern vielmehr als a. utilis bezeichnet wird. Denn die Gewährung einer a. utilis bildete für die Römer das Mittel, mit dessen Hülfe sie in der späteren Zeit die aus dem festgehaltenen Prinzip der Unübertragbarkeit von Forderungen und Ansprüchen entstehende Schwierigkeit überwanden.

Anlangend die Frage nach dem Zeitpunkt, von welchem ab es dem Deponenten nicht mehr möglich ist, die Restitution der deponierten Sache für sich zu beanspruchen, so werden wir dieselbe dahin beantworten müssen, daſs die Empfangnahme der Sache, bezw. die Annahmeerklärung des Dritten-Gläubigers, d. h. die Erklärung desselben, daſs er sich aus dem Depositum befriedigen wolle, nach den Grundsätzen des römischen und gemeinen Rechts den in dieser Beziehung allein erheblichen Moment bildet. ULRICH[1]) bringt dies mit seiner Lehre von der Hinterlegung als einem Cessionsanerbieten in der Weise in Verbindung, daſs er der Denunziation seitens des Dritten an den Depositar die Wirkung beimessen will, das Recht des Ersteren vollkommen fest und zu einem der Gegenordre des Deponenten entzogenen zu machen. Auf diese Weise gelangt ULRICH praktisch zwar zu einem dem hier vertretenen im wesentlichen gleichen Resultalt, die Methode seiner Deduktion aber ist fehlerhaft. Zwar sind die Rechtssätze über die Cession auf die Fälle des von Rechts wegen eintretenden Überganges von Forderungsrechten wenigstens analog anwendbar, aber ganz abgesehen davon, daſs die Denunziation richtiger Ansicht nach[2]) überhaupt nicht die Wir-

1) S. 51.

2) Vgl. DERNBURG, Pand. II § 48; EISELE, die a. utilis des Cessionars S. 47 fg.; Litteraturnachweis bei WINDSCHEID, Pand. II § 331 Anm. 8.

kung hat, das Recht des bisherigen Berechtigten auszuschliefsen, diese Wirkung für den Regelfall vielmehr bereits durch den Übertragungsakt als solchen, und was ihm gleichsteht, erzielt wird, ist die vorhin dargelegte Verknüpfung der hier besprochenen Anspruchs-Succession mit dem Wollen des Deponenten eine dem Rechtseffekte des hier in Frage kommenden Thatbestandes anhaftende Besonderheit, welche also keinesfalls durch die allgemeine Wirkung der Denunziation oder dessen, was dieser gleichsteht, beseitigt werden kann. Ist jedoch an den ULRICHschen Ausführungen nur die Art und Weise seiner Deduktion zu tadeln, das Resultat aber ein im wesentlichen richtiges, so ist der KOHLERschen Darstellung entgegenzuhalten, dafs dieser Schrifsteller den Moment, bis zu welchem die Rücknahme seitens des Deponenten gestattet sein soll, unzutreffend bestimmt[1]). Wenn KOHLER in dieser Hinsicht die Erhebung der a. depositi utilis als entscheidend ansieht, so darf daran erinnert werden, dafs der Klageerhebung als solcher regelmäfsig rechtsbegründende Funktion nicht beiwohnt, dafs die Klage vielmehr nur das Mittel bildet, ein bereits begründetes Recht durchzusetzen. Dafs aber gerade in diesem Falle Gründe für eine weitergehende Wirkung der Klageerhebung vorliegen, ist nicht dargethan. Wir werden daher bei dem Schweigen der Quellen bereits die Erklärung des Gläubigers als den mafsgebenden Zeitpunkt anzusehen haben[2]).

Während die Hinterlegung des Obligationsobjekts bei mora creditoris nach älterem Rechte nichts anderes bezweckt und bewirkt, als eine Befreiung des Schuldners von der custodia-Pflicht und insbesondere auf die Fortexistenz resp.

---

1) KOHLER S. 318.

2) So auch DERNBURG II § 61 a. E.

Lösung des obligatorischen Nexus gar keinen Einfluſs hat, erfährt diese Rechtslage im neueren Recht dadurch eine Modifikation, daſs der Schuldner nun nach erfolgter Hinterlegung eine Klage auf Leistung seitens des Gläubigers nicht mehr zu fürchten hat. Für den Gläubiger ist an Stelle der Leistungsklage gegen den Schuldner der Anspruch aus der Verwahrung gegen den Depositar und eventuell der dingliche Rechtsbehelf gegen diesen und jeden Dritten getreten. Die dem Schuldner sonach günstige Rechtslage, welche aus der Hinterlegung entsteht, geht ihm jedoch verloren, sobald er die Sache wieder zurückgenommen hat. In diesem Falle ist er wieder dem Erfüllungsanspruch des Gläubigers ausgesetzt. Nichtsdestoweniger bezeichnen die Römer die aus der Deposition sich für den Schuldner ergebenden Rechtsfolgen als eine liberatio desselben [1]). Demgemäſs sieht auch die herrschende Ansicht die Wirkung der Deposition als diejenige der Erfüllung an oder will wenigstens die Hinterlegung als ein Erfüllungssurrogat aufgefaſst wissen, wenngleich der Gedanke der Traditionsofferte, wie ihn Kohler verteidigt, nicht der herrschenden Lehre angehört. Wir werden jedoch auf die Auslassung der Römer in c. 9 cit. nicht allzuviel Gewicht legen dürfen. Nicht mit Unrecht äuſsert sich Ulrich [2]) dahin, daſs die c. 9 cit. sehr wohl auch von einer bloſsen liberatio ab actione aufgefaſst werden könne, und es bemerkt Dernburg [3]), daſs Tilgung ipso jure mit dem Rechte der Zurücknahme des Depositums unvereinbar sei [4]).

1) Vgl. c. 9 C. 8, 42:

Obsignatione totius debitae pecuniae solemniter facta liberationem contingere manifestum est.

2) a. a. O. S. 66 Anm. 4.

3) Pand. II § 61 Anm. 11.

4) Allerdings hat die Ansicht, daſs eine Hinterlegung innerhalb der angegebenen Grenzen rückgängig gemacht werden könne, Widersacher

Für die Annahme, daſs wir es bei der Deposition mit der Erfüllung oder wenigstens einem der Erfüllung vergleichbaren Rechtsakte zu thun haben, lassen sich jedoch scheinbar nicht ohne Grund diejenigen Wirkungen anführen, welche der Deposition des Obligationsobjekts durch den Schuldner nach Maſsgabe der Quellen eigen sind. Wenngleich die von der älteren Theorie wohl manchmal aufgestellte Behauptung, daſs durch die Deposition das Eigentum auf den Gläubiger oder gar auf den Depositar übergehe, als ganz unhaltbar erachtet werden muſs[1]), so sind die der Deposition nach den Quellen unzweifelhaft eigenen Wirkungen doch so beschaffen, daſs sie anscheinend eine Stütze der Erfüllungstheorie abgeben. Diese Wirkungen lassen sich insbesondere aus der für unsere Lehre hochwichtigen, im vorstehenden bereits mehrfach citierten, c. 19 C. 4, 32 ableiten. Es sind abgesehen von der bereits besprochenen Befreiung des Schuldners von der Klage folgende:

1) Unterbrechung des Zinsenlaufs,
2) Befreiung vom Perikulum,
3) Freiwerdung der Pfänder.

Die Zinsen bilden wirtschaftlich und juristisch den im voraus fixierten Entgelt des Nutzungswerts der zu leistenden Sache. Hieraus folgt, daſs, wenn der Nutzungsberechtigte sich der Möglichkeit der Nutzung in einer vom Gesetz gestatteten Art und Weise begiebt, er damit auch zugleich von der Verpflichtung, den Ersatz des Nutzungswerts zu leisten,

---

gefunden. Insbesondere hat sich dagegen Koch, Recht d. Forderungen II § 159 III ausgesprochen. Der Versuch, die entgegenstehenden Stellen: c. 8 C. 8, 28 und c. 19 C. 4, 32 zu beseitigen, erscheint jedoch wenig glücklich; vgl. Ulrich a. a. O. S. 70 Anm. 3 und S. 71 Anm. 4. Diese Ansicht ist denn auch vereinzelt geblieben und darf vom Standpunkt des gemeinen Rechts aus als überwunden angesehen werden.

1) Vgl. Ulrich S. 40.

frei werden mufs. Dazu kommt, dafs dieses an sich zweifellos richtige Prinzip von den Römern in der Art mit rigoroser Strenge gehandhabt ist, dafs sie die zweifelfreie Dokumentierung der Unmöglichkeit, sich in anderer Weise von der fortdauernden Leistungspflicht zu befreien, verlangen. Denn nach c. 2 C. 4, 32 tritt die Hemmung des Zinsenlaufs nur dann ein, wenn durch fruchtlose Oblation dargethan ist, dafs der Schulder sich aufser stande befindet, die Obligation zu der eigentlich naturgemäfsen und direkten Lösung zu bringen, was auch sonst bezeugt wird, denn auch c. 19 C. cit. setzt vorheriges Anerbieten voraus. Jedenfalls ergiebt sich aus alledem, dafs die hier besprochene Wirkung der Deposition nicht sowohl darauf schliefsen läfst, dafs die Hinterlegung das Obligationsverhältnis zur Erlöschung bringe, als vielmehr auf davon ganz unabhängigen wirtschaftlichen Gründen beruht.

Wenn ferner in c. 19 C. cit. auch die Befreiung des Schuldners vom periculum ausdrücklich hervorgehoben ist, so tritt diese Befreiung, wie später noch zu erwähnen, bereits als Folge der mora creditoris ein, und zwar ohne Unterschied, ob es sich um generisch oder speziell bestimmte Leistungen handelt. Doch ist soviel offensichtlich, dafs die auch bei generisch bestimmten Leistungen infolge der mora eintretende Freiheit von der Tragung der Gefahr daran geknüpft sein mufs, dafs die vom Schuldner als spezielles Leistungsobjekt bestimmte und abgesonderte Sache oder Quantität auch nach der Oblation abgesondert bleibt. So verhält es sich aber dann jedenfalls, wenn die Summe, wie in c. 19 cit., deponiert wird[1]. Aus diesem Grunde erklärt sich die Hervorhebung der Befreiung des Schuldners von der Gefahr als

1) Ulrich S. 59 u. 60.

einer Wirkung der Deposition; für die der Hinterlegung Erfüllungscharakter zuteilende Doktrin liefert der bezügliche Passus unserer Stelle kein Material.

Ebensowenig Bedeutung hat in der angegebenen Richtung die Aufhebung des Pfandrechts, welche infolge der Deposition eintritt. Es mag an dieser Stelle die Frage dahin gestellt bleiben, ob die Aufhebung des Pfandrechts, wogegen allerdings die Zeugnisse der Quellen zu sprechen scheinen, auch im späteren Recht bereits an die mora als solche, resp. die Oblation des Schuldgegenstandes, geknüpft gewesen ist, oder ob in denjenigen Quellenstellen, welche die Aufhebung des Pfandrechts bereits mit der mora als solcher eintreten lassen, sich ein im späteren Rechte überwundener Rechtszustand wiederspiegelt, jedenfalls bedarf es nicht der Annahme, dafs die Deposition Natur und Wirkung der Erfüllung habe, um zu begreifen, dafs die Römer über die Deposition hinaus die Pfänder unter keinen Umständen haben haften lassen. Von Bedeutung ist in dieser Hinsicht, dafs c. 19 cit. die Hinterlegung in publico erfordert. Diejenige Sicherheit, welche die Pfandhaftung dem Gläubiger gewährte, wurde ihm auch durch die Natur der Hinterlegungsstellen (sacratissimae aedes vel ubi competens judex deponi eas disposuerit) garantiert [1]. Erwägt man nun ferner, dafs Zweck und Wesen der Hinterlegung gerade darin liegt, den Schuldner nach Möglichkeit gegen die nachteiligen Folgen der ohne seine Schuld perpetuierten Obligation zu schützen, so wird man es — eben in Rücksicht der durch die publizistische Natur der Hinterlegungsstellen gewährten Sicherung — durchaus erklärlich finden, wenn über die Deposition hinaus jedenfalls die Pfandhaftung nicht fortdauert. Damit aber erscheint der

1) Vgl. l. 7 § 2 D. 4, 4.

Rückgriff auf die Erfüllungstheorie auch durchaus entbehrlich[1]).

Schliefslich ist zur Begründung der Behauptung, dafs die Hinterlegung den Charakter eines Erfüllungssurrogates habe und Liberation bewirke, noch auf die in den Quellen bezeugte Thatsache hingewiesen worden, dafs ein prinzipiell an die Befreiung des Schuldners geknüpfter Rechtsanspruch bereits infolge der Deposition eintritt. Es werden in dieser Hinsicht insbesondere die Fragmente l. 64 D. 46, 1 und l. 56 § 1 D. 17, 1 angeführt[2]). Die Stellen behandeln den Fall, dafs der Bürge aus triftigem Grunde, nämlich weil der Gläubiger wegen minderjährigen Alters rechtsgültig die Leistung in Empfang zu nehmen verhindert ist, die Obligationssumme deponiert, und statuieren, dafs er bereits auf Grund der Deposition den Regrefsanspruch gegen den Hauptschuldner anzustellen berechtigt ist. Wenngleich nun unzweifelhaft regelmäfsig der Regrefsanspruch des Bürgen an die Erfüllung des durch die Bürgschaft gesicherten Anspruchs geknüpft ist, so braucht hieraus doch nicht der Schlufs abgeleitet zu werden, dafs Deposition der Erfüllung gleich sei. Unter allen Umständen hat doch die gerechtfertigte Deposition die Wirkung, dafs der Gläubiger einen durch den publizistischen Charakter der Hinterlegungsstelle vollkommen gesicherten Anspruch gegen dieselbe auf Leistung des hinterlegten Betrages und sogar einen dinglichen Rechtsbehelf erhält, während der Bürge selbst von dem obligationsmäfsigen Anspruch des Gläubigers frei wird. Solange der Bürge die Obligationssumme in Verwahrung der Hinterlegungsstelle beläfst, ist kein Anspruch denkbar, der gegen ihn aus der übernommenen

1) Entsprechend wie beim Pfande verhält es sich natürlich in betreff der Haftung etwaiger Bürgen.

2) Vgl. Schey S. 39 Anm. 3.

Bürgschaft erhoben werden könnte. Dann aber kann es billig erscheinen, ihm auch den Regreſsanspruch gegen den Hauptschuldner nicht länger zu versagen. Ganz unbedenklich erscheint die Entscheidung der römischen Juristen allerdings in dem Falle nicht, wenn der Bürge das Depot wieder zurückzieht. In diesem Falle hat er seinen Regreſsanspruch geltend machen können, ohne seinerseits seiner Bürgschaftsverpflichtung nachgekommen zu sein. Demnach müſste nach allgemeinen Grundsätzen an sich in diesem Falle, da in letzter Linie die Voraussetzung des Regreſsanspruchs eben nicht vorliegt, auch dem Hauptschuldner eine Kondiktion auf Rückzahlung des etwa an den Bürgen Gezahlten zustehen. Andererseits wäre jedoch zu erwägen, daſs einer gegen den Anspruch des Hauptschuldners nach dem Grundsatz: dolo facit qui petit quod redditurus est zu erhebenden exceptio doli der Erfolg nicht versagt werden könnte. Jedenfalls werden wir annehmen, daſs ein diesbezüglicher Anspruch, wie er in den Quellen nicht erwähnt ist, thatsächlich auch keinesfalls früher erhoben werden kann, als bis etwa der Hauptschuldner von seinem Gläubiger auf Zahlung des Schuldbetrages in Anspruch genommen worden ist, und daſs sich aus den beregten Thatbeständen absolut kein Argument für die hier bekämpfte Auffassung vom Wesen der Deposition ergiebt, dürfte nach Vorstehendem geradezu evident sein.

Dagegen treten die Wirkungen der Obligation mit allen Accessionen derselben wieder in Kraft, sobald der Schuldner die hinterlegte Sache (Summe) wieder an sich genommen hat. Zwar ist die Beweiskraft der zur Erhärtung dieser Thatsache in Bezug genommenen[1]) l. 7 D. 22, 1[2]) auſserordentlich

1) Kohler S. 331.

2) Die Stelle lautet: Debitor usurarius creditori pecuniam optulit et eam, cum accipere noluisset, obsignavit ac deposuit: ex eo die ratio non

zweifelhaft. Von einer Zurücknahme des Depositums seitens des Schuldners findet sich in dieser Stelle nichts erwähnt, und es erscheint bedenklich, dieses Thatbestandsmoment von so hervorragender Wichtigkeit zu unterstellen. Die Annahme KOHLERS, daſs wir es hier mit einer Deposition des Schuldners bei ihm selbst zu thun haben, ist von uns bereits oben zurückgewiesen worden; sie entspricht nicht der landläufigen Bedeutung des „deposuit“ und ist zum mindesten unwahrscheinlich. Dagegen ist die ebenfalls bereits erwähnte Deduktion VOIGTS, daſs dem PAPINIAN, von welchem diese Stelle herrührt, eine actio utilis des Gläubigers gegen den Depositar noch unbekannt gewesen sei, geeignet, über alle Bedenken hinwegzuhelfen. Danach war der Schuldner verpflichtet, auf Erfordern des Gläubigers die hinterlegte Sache aus dem Depot abzulangen und dem Gläubiger auszuhändigen oder ihm die Klage gegen den Verwahrer abzutreten. Geriet er hierbei in Verzug, so war damit die mora creditoris geheilt, und der Schuldner muſste nunmehr wegen eigenen Verzuges die Schuldsumme verzinsen.

Ist sonach an eine auf der Initiative des Schuldners beruhende Zurücknahme des Depots in l. 7 cit. aller Wahrscheinlichkeit nach nicht zu denken und daher diese Stelle für das Wiederaufleben der Accessionen der Schuld im vorausgesetzten Falle unverwertbar, so ergiebt sich das aus l. 7 cit. zu Unrecht abgeleitete Resultat doch aus allgemeinen Erwägungen.

Gelangt der Schuldner wieder in den Besitz der Sache und damit in die Möglichkeit, Nutzen aus ihr zu ziehen, so muſs das Äquivalent dieses Nutzens, die Zinsleistung, wieder

---

habebitur usurarum. quod si postea conventus ut solveret moram fecerit, nummi steriles ex eo tempore non erunt.

von ihm geschuldet werden. Dieses Wiederaufleben der Zinsverpflichtung ist nichts als ein Korrelat des Aufhörens derselben, welches mit der Deposition des Leistungsgegenstandes eintritt. Ergiebt sich die Hemmung der Zinsverpflichtung im letzterwähnten Falle aus den unabweisbaren Zeugnissen der Quellen in Verbindung mit der Natur der Sache, so werden wir den Wiederbeginn der bezüglichen Verpflichtung im Falle der Zurücknahme des hinterlegten Obligationsobjekts als eines weiteren Beweises nicht mehr bedürftig ansehen können.

Nicht anders verhält es sich bezüglich der Haftung der Pfänder und Bürgen. Erschien den Römern die Erstreckung der Pfandhaftung auch im späteren Recht jedenfalls über den Moment der Deposition hinaus nicht erforderlich, und war der gesetzgeberische Grund hierzu, wie wir oben ausgeführt haben, die Erwägung, dafs die Forderung nunmehr jedenfalls in einem Grade gesichert erschien, dafs zumal bei der hinzukommenden mora creditoris es der Fortdauer der Haftung von Pfändern nicht mehr bedarf, so mufste die umgekehrte Erwägung mit Notwendigkeit dazu führen, im Falle der Zurücknahme der Sache durch den Schuldner den Pfandnexus wieder in Kraft treten zu lassen. Denn nunmehr war jene Sicherheit der Forderung des Gläubigers, welche durch die Hinterlegung des Leistungsgegenstandes bewirkt war, in Wegfall gekommen, also volle Veranlassung vorhanden, die ursprünglichen Sicherungsmittel dem Gläubiger wieder zu gewähren. Dem Schuldner die durch die Deposition gewährte, wegen der Freiwerdung der Pfänder insoweit günstige Rechtslage auch über den Zeitpunkt der Zurücknahme des Obligationsgegenstandes zu belassen, konnten die Römer um so weniger Grund haben, als ja die Aufhebung der dem Gläubiger durch die Hinterlegung verschafften Sicherheit nur auf

dem Willen des Schuldners selbst beruhen kann. Das gleiche Prinzip mufs in Bezug auf Bürgen gelten. Wenn hiergegen insbesondere auf l. 62 D. 2, 14 verwiesen worden ist, so ist der Unterschied des in diesem Fragment besprochenen Falles von dem für uns in Frage kommenden Thatbestande auf der Hand liegend. In l. 62 cit. wird statuiert, dafs der Bürge, welcher durch ein zwischen dem Hauptschuldner und dem Gläubiger geschlossenes pactum de non petendo einmal von seiner Verpflichtung frei geworden ist, durch einen nachträglich zwischen diesen Personen geschlossenen Vertrag, ut peti liceat, nicht wieder verpflichtet werden könnte. Durchaus zutreffend! Hat der Gläubiger einmal auf seinen Anspruch überhaupt verzichtet, und ist hiermit auch die Bürgschaftsverpflichtung erloschen, so kann der Bürge nicht ohne seine Mitwirkung wieder verhaftet werden. Bei der Deposition dagegen haben wir es mit einer kraft Gesetzes eintretenden Hemmung der Bürgschaftsverpflichtung zu thun. Dagegen, dafs beim Fortfall ihrer Voraussetzungen auch diese Hemmung fortfalle, ist ein durchschlagender Grund nicht ersichtlich [1]).

Ebenso müssen auch die sonstigen Wirkungen der Obligation bei Rücknahme der hinterlegten Summe wieder in Kraft treten. Ist z. B. ein Anspruch des A. gegen B. daran gebunden, dafs A. zuvor einer Verpflichtung gegen C. gerecht wird, und hat A. aus triftigem Grunde die dem C. gebührende Schuldsumme hinterlegt, auf Grund dieser Hinterlegung die Schuld des B. eingezogen, demnächst aber den hinterlegten Betrag zurückgenommen, so hat prinzipiell B. eine Kondiktion

---

1) Vgl. Ulrich S. 75 Anm. 4. — Kohler S. 332 führt für die auch hier vertretene Ansicht nicht ohne Grund die Analogie der l. 18 § 10, l. 20, l. 21 D. 49, 14 an.

auf Rückzahlung des Geleisteten an A. Wir haben in dieser Beziehung bereits den Regreſsanspruch des Bürgen gegen den Hauptschuldner erwähnt und konstatiert, daſs der etwaigen Kondiktion des Hauptschuldners in dem vorausgesetzten Falle eine durchgreifende exceptio doli des Bürgen entgegenstehen würde. Aber diese exceptio doli ist dem durch eine Bürgschaftsobligation bestimmten Thatbestande eigentümlich. Überall da, wo der Anspruch des A. gegen C. mit demjenigen des B. gegen A. in keinem anderen, als dem äuſserlichen Zusammenhange steht, daſs die Erfüllung des letzteren die Voraussetzung des ersteren bildet, ist die beregte Kondiktion gegeben. Es tritt sonach auch in dieser Hinsicht infolge der Rücknahme der hinterlegten Summe durch den Deponenten eine Wiederherstellung der Rechtslage ein, wie sie vor der Deposition bestanden hat. Mindestens kann diese Wiederherstellung erzwungen werden.

Wie sonach die besprochenen Wirkungen des Depositionsaktes positiv nichts dafür ergeben, daſs der Hinterlegung der Schuldsumme durch den Schuldner bei Gläubigerverzug der rechtliche Charakter der Erfüllung oder auch nur eines Erfüllungssurrogates eigne, so spricht andererseits der Umstand, daſs der Schuldner die hinterlegte Sache zurückzunehmen befugt ist und daſs er in diesem Falle nicht nur der Erfüllungsklage des Gläubigers wieder ausgesetzt wird, sondern daſs auch alle sonstigen Wirkungen und Accessionen der Schuld wieder aufleben, entschieden dagegen, daſs eine Erfüllung oder etwas der Erfüllung vergleichbares, ein Surrogat derselben, in der Hinterlegung zu erkennen sei. Auch ist von Bedeutung, daſs das Eigentum des hinterlegten Objekts durch die Hinterlegung allein dem Schuldner nicht verloren geht. Wir meinen nun, daſs ein Akt, welcher auf die Eigentumsverhältnisse prinzipiell gar keinen Einfluſs hat, da jedenfalls

nicht Erfüllungscharakter haben kann, wo Übertragung des Eigentums Gegenstand der Verbindlichkeit ist[1]).

Die Thatsache, daſs bei Rücknahme der hinterlegten Sache der obligatorische Anspruch mit allen Accessionen wieder in Wirksamkeit tritt, sucht KOHLER[2]) mit dem supponierten Erfüllungscharakter des Depositionsakts in Einklang zu bringen, indem er ausführt, daſs der Schuldner durch Deposition zwar von jedem Anspruche liberiert werde, dadurch jedoch noch nicht vollständig aus dem Nexus des Obligationsverhältnisses heraustrete. Vielmehr entstehe mit der Rücknahme der Sache aus dem alten Stamm, aus dem alten Trieb des Obligationsverhältnisses ein neuer bindender Anspruch, welcher alle individuellen Merkmale des alten Obligationsverhältnisses an sich trage, insbesondere mit allen accessorischen Sicherungen desselben ausgestattet sei. Allein diese Argumentation stellt die gesuchte Brücke von der Erfüllungstheorie zu der derselben widersprechenden Wirkung einer Zurücknahme der deponierten Sache keineswegs her. Die Erfüllung als die „direkte“ „naturgemäſse“ [3]) Art der Aufhebung des Forderungsrechts kann begriffsmäſsig nichts von dem alten Obligationsnexus übrig lassen. Wird das bestehende Schuldverhältnis nicht bis in die letzte Wurzel hinein völlig getilgt, so hat ein dasselbe beeinflussender Rechtsakt, so weitgehend auch sonst seine Wirkungen sein mögen, nicht den Charakter der Erfüllung. Über diese das Schuldverhältnis von Grund aus zerstörende Natur der Erfüllung lassen die Quellen keinen Zweifel. In pr. I. III. 29 heiſst es: „Tollitur . . . omnis

---

1) Und demgemäſs darf man in solchem Fall auch nicht an eine resolutiv bedingte Erfüllung denken, ein Gesichtspunkt, auf den SCHEY S. 39 Anm. 3 abzustellen scheint.

2) S. 333 ff.

3) WINDSCHEID, Pand. II § 341. 342.

obligatio solutione ejus quod debetur . . . . Die Erfüllung ist der typische Fall der vollständigen Aufhebung des Obligationsverhältnisses, und es ist bekannt, dafs die Quellen eben darum für beides den Ausdruck solutio gebrauchen. So lehrt Paulus in l. 54 D. 46, 3: Solutionis verbum pertinet ad omnem liberationem quoquo modo factam magisque ad substantiam obligationis refertur, quam ad nummorum solutionem. Entsprechend auch § 10 A.L.R. I. 16: „Überhaupt aber werden alle Verbindlichkeiten durch deren Erfüllung aufgehoben." Mithin kann, da trotz der Wirkung der Deposition auf den Obligationsanspruch aus dem alten Triebe des Obligationsverhältnisses ein neuer bindender Anspruch entstehen kann, die Deposition nicht Erfüllungscharakter haben. Auf die richtige Auffassung weist KOHLER selbst wider Willen hin, indem er von einer — wir möchten hinzusetzen: einstweiligen — Befreiung des Schuldners von jedem Anspruche infolge der Deposition spricht, ganz entsprechend unserer Interpretation der c. 9 C. 8, 42.

Wiewohl sonach der Depositionsakt nicht nur in Bezug auf den Leistungsanspruch als solchen, sondern auch hinsichtlich der Accessionen und der sonstigen Wirkungen der Obligationen recht weit reichende Folgen hat, so ergiebt sich dennoch aus vorstehendem, dafs auch nach dem Diocletianischen Gesetz die Hinterlegung des Schuldbetrages im wesentlichen und prinzipiell ein Mittel für den Schuldner geblieben ist, sich der lästigen custodia-Pflicht, deren Perpetuation ihm ohne seine Schuld droht, zu entziehen, und dafs die weiter von DIOCLETIAN an die Hinterlegung geknüpften Folgen, so erheblich sie namentlich in praktischer Hinsicht sind, mit dem Wesen der Hinterlegung nicht in allzuenge Beziehung gesetzt werden dürfen.

Allerdings kann die Deposition und wird sie sicherlich

in aufserordentlich zahlreichen Fällen zur Erfüllung führen. Sofern sich der Gläubiger die hinterlegte Sache vom Verwahrer ausantworten läfst oder sofern er ihn mittels der actio utilis zur Ausantwortung derselben zwingt, oder aber von irgend einem Dritten mittels der vindicatio utilis die Sache abfordert, gelangt der Gläubiger in den Besitz dessen, was ihm obligationsmäfsig zukommt. Damit ist sein Anspruch in das Stadium der Erfüllung getreten. Dies wird klar, wenn man folgendes erwägt: Zur Erfüllung ist begrifflich keineswegs erforderlich, dafs der Gläubiger, was er zu beanspruchen hat, gerade auf Grund eines zwischen ihm und dem Schuldner abgeschlossenen zweiseitigen Rechtsgeschäfts erhalte. Vielmehr ist regelmäfsig auch Erfüllung die Leistung des obligationsmäfsig Geschuldeten durch einen Dritten und zwar so, dafs der Schuldner die von einem Dritten angebotene Leistung regelmäfsig nicht einmal zurückzuweisen befugt ist[1]). Ferner ist auch objektiv nicht immer Voraussetzung der Erfüllung, dafs der Gläubiger unmittelbar alles das erhalten habe, was dem durch die Obligation bezeichneten Erfüllungsideal entspricht. Hat z. B. der Gläubiger Eigentum zu fordern, so ist genügend, wenn der Gläubiger das Eigentum auf dem Wege der Ersitzung oder bei Geldschulden durch Vermischung erlangt, und es reicht, was die letzteren anbelangt, sogar aus, dafs der Gläubiger ohne das Eigentum zu erlangen, wenigstens den Vermögenswert der Leistung durch redlichen Verbrauch des Geldes sich verschafft[2]). Diese und ähnliche rechtliche Erscheinungen liefern uns einen Analogieschlufs dahin, dafs, obwohl bei dem uns hier interessierenden Thatbestand der

---

1) l. 72 § 2 D. 46, 3; Windscheid II § 342 Anm. 24.

2) l. 60 D. 46, 3; l. 78, l. 14 § 8, l. 17 D. eod.; l. 19 § 1 D. 12, 1; l. 9 § 2 D. 26, 8; Windscheid a. a. O. Anm. 7 u. 8.

Gläubiger die Leistung nicht von dem Schuldner und auch objektiv, sofern er dieselbe erzwingt, nicht mittels des der Obligation entsprechenden Anspruchs, sondern vielmehr mittels einer a. utilis depositi erlangt, der Empfang der Leistung durch den Schuldner dennoch Natur und Wirkung der Erfüllung hat. Für dieses Resultat ist sonach keineswegs erforderlich, daſs der Hinterlegung des Schuldbetrages der Charakter eines als solches beabsichtigten Erfüllungselementes eigentümlich sei.

Daſs die Theorie KOHLERS, nach welcher die Deposition die Natur eines Erfüllungssurrogats habe, jedoch mit der Maſsgabe, daſs aus dem alten Obligationsverhältnis mit der Zurücknahme der hinterlegten Sache ein neuer bindender Anspruch entstehe, einen Widerspruch in sich selbst enthält, da Erfüllung ohne vollständige Aufhebung des Obligationsnexus nicht denkbar ist, haben wir oben gesehen. Es ist aber der KOHLERsche Gedanke, welcher für die Erklärung der Deposition ungeeignet ist, auch für die theoretische Betrachtung des früher bereits besprochenen ältesten Rechtsbehelfs des Schuldners bei mora creditoris, nämlich der Dereliktion, nur mit weitgehenden Modifikationen verwertbar. Hierzu noch wenige Worte.

Der Akt der Preisgebung des Leistungsobjekts bewirkt die Aufhebung jedes bestandenen sachenrechtlichen Bandes zwischen dem Objekt und der Person des Schuldners. Da die Dereliktion eine gesetzlich gestattete ist, kann, so lange diese Trennung besteht, auch ein Leistungsanspruch gegen den Schuldner nicht erhoben werden. Der Schuldner hat es also in der Hand, diesen Leistungsanspruch dauernd auszuschlieſsen und sich so vollkommen zu befreien, wenn er an der durch die Dereliktion geschaffenen Rechtslage nichts ändert. Nimmt jedoch der Schuldner die ausgesetzte Sache

wieder zurück und versetzt er sich so in die Lage, wieder leisten zu können, so mufs auch seine ursprüngliche Verpflichtung mit allen Accessionen und Nebenwirkungen wieder aufleben. Zwar lassen sich für diese Annahme direkte Quellenzeugnisse nicht anführen, aber die Analogie des entsprechenden Rechtsverhältnisses bei der Deposition liefert, wie wir meinen, einen hinreichenden Beweis. Wäre nun die Dereliktion des Leistungsobjekts Erfüllung, so wären auch hier die Wirkungen der Zurücknahme der ausgesetzten Sache unerklärbar, ganz ebenso wie wir dies bezüglich der Wirkungen der Zurücknahme einer hinterlegten Sache gesehen haben. Insbesondere widerspricht die KOHLERsche Deduktion, dafs aus dem alten Stamm der Obligation ein neuer bindender Anspruch entsteht, auch hier dem Wesen und Begriff der Erfüllung. Richtig erscheint folgendes: durch die Dereliktion wird zwar jedes sachenrechtliche Band zwischen dem Schuldner und dem Objekt der Obligation zerstört und der Leistungsanspruch des Gläubigers gehemmt. Aber es ist kein Grund zu der Annahme ersichtlich, dafs nun auch das Recht der Obligation getilgt sei. Hiervon enthalten die Quellen nichts, und auch die Natur der Sache nötigt nicht zu einer so weit reichenden Folgerung. Insoweit hat KOHLER gewifs Recht, wenn er darauf besteht, dafs zwischen Recht und Anspruch auch bei Obligationen unterschieden werde. Das nicht zerstörte, sondern nur gebundene Recht der Obligation tritt aber wieder in volle Wirksamkeit, wenn der Schuldner die ausgesetzte Sache wieder an sich nimmt.

So gelangen wir denn zu einer recht weitreichenden Konkordanz zwischen Dereliktion und Deposition in derjenigen Gestalt, welche die letztere unter DIOCLETIAN erhalten hat. Beide Rechtsbehelfe bewirken eine Hemmung des Leistungsanspruchs mit seinen Accessionen, haben jedoch auf das Be-

stehen des Rechts der Obligation als solches keinen Einfluſs. Der Ausgangspunkt aber ist für Dereliktion und Deposition ein wesentlich verschiedener. Während der Zweck der Dereliktion von Anfang an darauf gerichtet war, den Schuldner nicht nur von der Verwahrungspflicht zu befreien, sondern ihm auch die Möglichkeit zu gewähren, sich des Erfüllungsanspruchs zu entledigen, verfolgte die Deposition ursprünglich nur die Absicht, die Perpetuation der Verwahrungspflicht abzuschneiden. DIOCLETIAN gebührt das Verdienst, den praktisch empfehlenswerten Grundgedanken des Aussetzungsinstituts auf die Deposition in Anwendung gebracht und dabei doch die harten und wirtschaftlich schädlichen Konsequenzen des ersteren vermieden zu haben.

c) Selbsthülfeverkauf.

§ 4.

Neben die Aussetzung des Leistungsgegenstandes und die Hinterlegung desselben tritt als dritter Rechtsbehelf zur Abwehr der dem Schuldner nachteiligen Folgen des Gläubigerverzuges der Selbsthülfeverkauf.

Wir haben oben schon hervorgehoben, daſs das Mittel der Preisgebung des Obligationsobjekts den Römern bei Geldschulden von vornherein unanwendbar erscheinen muſste, und daſs auch, sofern anders geartete Sachen den Obligationsgegenstand bildeten, Jurisprudenz und Rechtssprechung der Römer sich diesem Rechtsbehelf mit Fug und Recht wenig geneigt zeigten. Gegenüber der Dereliktion des Verpflichtungsobjekts ist offenbar die Deposition ein bemerkenswerter Fortschritt. Wie sie berechtigte Interessen des Gläubigers zu schonen geeignet ist, stehen ihr auch im wesentlichen jene wirtschaftspolitischen Bedenken nicht gegenüber, zu denen die

Dereliktion in hohem Grade Veranlassung giebt. Aber auch die Hinterlegung, welche, sofern die Obligation auf Geld gerichtet ist, völlig unbedenklich erscheint, kann in anderen Fällen vielfach unzweckmäfsig und unpraktisch wirken. Die Hinterlegung einer Sache ist gleichbedeutend mit einer Entziehung der Gebrauchsfähigkeit derselben. Handelt es sich nun etwa um ein Objekt, dessen wirtschaftlicher Wert im wesentlichen in der Möglichkeit wirtschaftlichen Gebrauchs besteht — die bei weitem grofse Mehrzahl aller im Verkehr vorkommenden Objekte fällt unter diese Kategorie der Gebrauchsgegenstände —, so involviert eine vielleicht lange Zeit andauernde Hinterlegung eine manchmal schwerwiegende Beeinträchtigung nicht nur der Interessen der in casu in Bezug auf dieses Objekt besonders in Betracht kommenden Personen, nämlich der am Obligationsnexus Beteiligten, sondern auch des gesamten Wirtschaftsorganismus. Insbesondere in letzterer Beziehung ist unverkennbar, dafs das Recht, wie es alle Veranlassung hat, „systematischer Güterzerstörung" entgegenzuwirken, so auch zur Abwendung sonstiger Schäden nicht allein solche Mittel und Wege an die Hand geben darf, bei deren Anwendung notwendigerweise zum Gebrauch bestimmten Gegenständen die Gebrauchsfähigkeit entzogen werden mufs. Hier ist die Stelle, bei welcher der Rechtsbehelf des Selbsthülfeverkaufs helfend eingreift.

Eine Erwähnung desselben findet sich in den römischen Rechtsquellen einmal in l. 1 § 3 D. 18, 6, sodann in c. 20 § 2 C. 11, 48[1]). Die erstere bereits oben citierte Stelle, welche den Weinkauf behandelt, verweist den von mora

1) Thöl, Handelsrecht § 282 Anm. 15 findet das Verkaufsrecht des Schuldners auch in den Fragmenten l. 122 § 3 D. 45, 1 und l. 135 § 2 D. eod. bezeugt, jedoch ohne Grund, vgl. Ulrich S. 94 Anm. 6.

creditoris bedrohten Schuldner zur Vermeidung der nur im Notfall zur Hand zu nehmenden Dereliktion auf vendere vinum bona fide. Die Kodexstelle gestattet dem an Berichtigung des Pachtkanons ohne seine Schuld behinderten Kolonen, den Kanon, sofern er in speciebus (landwirtschaftlichen Erzeugnissen) zu entrichten ist, nach richterlichem Gehör verkaufen zu lassen und den Erlös zur Hinterlegung zu bringen. Charakteristisch ist, dafs das Digestenfragment dem Sabinus-Kommentar des ULPIAN entnommen ist, während die Konstitution von JUSTINIAN herrührt. Sprechen schon diese äufseren Umstände dafür, dafs dieser Rechtsbehelf seine Entstehung der späteren Rechtsentwickelung verdankt, so ist ferner noch beweisend für diese Annahme, dafs ULPIAN den Selbsthülfeverkauf an der Stelle erwähnt, wo er auf Repression der nachteiligen Wirkungen des älteren Aussetzungsrechts bedacht ist.

Der Umstand, dafs die den Selbsthülfeverkauf behandelnden Quellenzeugnisse aus dem späteren und naturgemäfs entwickelteren Rechte herrühren, ist für die zutreffende Auffassung vom Wesen des Selbsthülfeverkaufs nicht ohne Bedeutung. Dazu kommt Folgendes. Die ULPIANstelle hat den Verkauf von Wein zu ihrem Gegenstande. Bekanntlich bildete Wein einen der hauptsächlichsten Handelsartikel bei den Römern[1]), und wir werden nicht fehlgehen, wenn wir annehmen, dafs l. 1 D. 18, 6 im wesentlichen Handelsgeschäfte betrifft, wobei wir noch darauf hinweisen wollen, dafs die Basiliken die l. 1 § 3 D. cit. einem besonderen Titel: *περὶ ἀγορασίας καὶ πράσεως οἴνου* unterstellt haben. Die Justinianische Konstitution betrifft zwar nicht eigentlich ein Handelsgeschäft, immerhin aber bezieht sich das dort em-

1) Vgl. l. 4 D. 13, 3.

pfohlene Verfahren auf Sachen, die ohne Frage auch bereits bei den Römern als Handelsartikel eine wichtige Rolle gespielt haben[1]). Für Handelsgeschäfte und Handelsartikel aber ist es charakteristisch, daſs die Sachen wesentlich nicht als Individualitäten, sondern ihrem Verkehrswerte nach, als Waren in Betracht kommen, und dieser Gesichtspunkt liefert uns den Schlüssel für die Erkenntnis der Natur des Selbsthülfeverkaufs.

In denjenigen Fällen, in welchen dem Schuldner das vendere bona fide gestattet ist, gewährt ihm das Recht die Befugnis, statt des ursprünglich geschuldeten Gegenstandes ein aliud, nämlich seinen Verkehrswert, zu liefern. Ermittelt wird derselbe durch den Verkauf der Sache. Zutreffend bemerkt KOHLER[2]), daſs die Pflicht der Sachleistung sich in eine Pflicht der Geldleistung verwandelt. Seine Argumentation bedarf aber der Ergänzung durch Hervorhebung der wichtigen Thatsache, daſs die Geldleistung die Leistung des Verkehrswerts der Sache ist, und daſs das ganze Institut auf der Eigenschaft des Leistungsobjekts als Ware beruht. Wenn sonach die Natur des Selbsthülfeverkaufs in der dem Schuldner gewährten Befugnis besteht, im Falle des Gläubigerverzuges statt des Obligationsgegenstandes in natura dessen durch den Verkauf desselben ermittelten und erlangten Verkehrswert zu leisten, so darf man auch nicht einwenden, daſs es bei dieser Auffassung dem Schuldner auch gestattet sein müſste, auch ohne Verkauf des Objekts den Wert desselben, sofern derselbe nur hinreichend sicher, etwa durch Sachverständigenschätzung, ermittelt wird, statt des Objekts selbst zu prästieren. Es giebt eben kein Mittel, den Verkehrswert einer Sache fest-

1) Vgl. l. 4 D. 13, 3 cit.
2) S. 347.

zustellen, welches so viel Sicherheit bietet, als der bona fide, d. h. unter möglichster Wahrung der Interessen des Gläubigers erfolgende Verkauf desselben, und bei einem so aufserordentlichen Rechtsbehelf bedarf es eines so sicheren Mittels, um einer Verletzung der wohlbegründeten Interessen des Gläubigers vorzubeugen.

Macht der Schuldner von diesem Rechtsbehelf Gebrauch, so wird er sowohl von der Verpflichtung frei, den Obligationsgegenstand weiterhin für den Gläubiger zu verwahren, als auch entgeht er den mehr oder minder lästigen Verpflichtungen, welche mit der Hinterlegung der Sache in Verbindung stehen. Wenn ULRICH [1]) meint, dafs der Selbsthülfeverkauf regelmäfsig nur da gestattet sei, wo der Schuldner nicht zur Deposition greifen könne, so läfst sich dies vom Standpunkt des reinen römischen Rechts eigentlich nicht begründen. Wir werden vielmehr füglich annehmen dürfen, dafs, wenn Handelsartikel auch wohl den Ausgangspunkt dieses Rechtsbehelfs gebildet haben, derselbe bei den Römern bereits nicht auf solche beschränkt gewesen, dem Schuldner vielmehr im allgemeinen die Wahl gelassen ist, das Obligationsobjekt, bezüglich dessen der Gläubiger in Annahmeverzug geraten war, sofern es nur nicht entweder in einem Immobile oder einem Geldbetrag oder in einer Mobilie, welche einen wirtschaftlichen Wert überhaupt nicht oder nur für den Gläubiger hat [2]), bestand, zu hinterlegen oder zu verkaufen. Falls jedoch der Gläubiger den ihm angebotenen Erlös nicht annimmt, ist Hinterlegung die einzige Möglichkeit, welche dem Schuldner nun noch bleibt.

Aus vorstehenden Erwägungen folgt unmittelbar, dafs der

---

1) S. 93.
2) Vgl. KOHLER S. 343—344.

Anspruch des Gläubigers gegen den Schuldner auf Auszahlung des Erlöses seiner Natur nach kein anderer ist, als der dem bestehenden Obligationsverhältnis entsprechende. Es bedarf daher zur Erklärung des Anspruchs des Gläubigers gegen den Schuldner auf Auskehrung des Verkaufserlöses auch keineswegs der von ULRICH[1]) empfohlenen Bezugnahme auf das Institut der negotiorum gestio, und es ist geradezu unrichtig, wenn ULRICH ausführt, dafs der Schuldner beim Selbsthülfeverkauf lediglich im Interesse des Gläubigers handle, ohne dazu verpflichtet zu sein, und dafs die Einmischung in fremde Angelegenheiten hier darin bestehe, dafs der Gläubiger vor einem Nachteil (der Dereliktion) bewahrt werde. Der Fehler dieser Deduktion liegt in dem Übersehen der Thatsache, dafs es der Schuldner selbst ist, von welchem dieser Nachteil droht. ULRICH hat diesen schwachen Punkt seiner Argumentation selbst gespürt, er spricht ihm aber deswegen Erheblichkeit ab, weil der in der Aussetzung liegende Eingriff in die Gläubigerrechte angeblich ein durchaus berechtigter sein würde. Aber in der That hat der Schuldner in dem späteren Recht garnicht so schlechthin die Befugnis der Preisgebung des Leistungsobjekts. Wir wissen ja, dafs ULPIAN es als „gefährlich“ bezeichnet, von dem Rechtsbehelf der Dereliktion Gebrauch zu machen, und dafs er ausdrücklich empfiehlt, immer dasjenige Verfahren einzuschlagen, welches die Gläubigerinteressen am wenigsten zu schädigen geeignet ist, — widrigenfalls, wie wir ergänzen dürfen, den Schuldner die Folgen treffen. Die zutreffende Ansicht ist die, dafs der Schuldner nicht als — beauftragter oder unbeauftragter — Vertreter des Gläubigers den Verkauf vornimmt, sondern kraft

1) S. 92—93; vgl. auch Entscheid. des vorm. Oberappellationsgerichts zu Dresden in SEUFFERTS Archiv Bd. 11 Nr. 139.

eines ihm durch positive Bestimmung gegebenen eigenen Rechtes. Und wenn diese Befugnis des Schuldners soweit geht, dafs er, wie wir mit KOHLER[1]) annehmen dürfen, auch über das Eigentum des Gläubigers verfügen darf, sofern die Sache im Eigentum des anderen Teils steht, was z. B. etwa dann der Fall ist, wenn der eine Beteiligte die gegen ihn beanspruchte Rücknahme einer dem andern Teil kommodierten Sache verzögert[2]), so zwingt auch diese Rechtslage keineswegs zu dem Schlusse, dafs der Schuldner sich in einem Vertretungsverhältnisse zu dem Gläubiger befinde, vielmehr findet diese bis zur Befugnis der Disposition über fremdes Vermögen erweiterte Rechtsmacht des Schuldners ihr Seitenstück und ihre Erklärung in dem Rechte des Pfandgläubigers[3]).

Ebensowenig aber, wie die Heranziehung der negotiorum gestio, verdient auch die Auffassung SCHEYS[4]), derzufolge der Schuldner den Verkaufserlös aus dem Gesichtspunkte der Bereicherung herauszugeben verpflichtet sei, Billigung, mindestens entbehrt dieser Gesichtspunkt der tieferen Bedeutung für die Erklärung der Sache. Mag immerhin in einigen Fällen, bei welchen der Schuldner von der Verpflichtung, die Sache selbst zu leisten, frei wird, seine Verpflichtung sich auf das Mafs der ihm gewordenen Bereicherung zurückziehen; für das Wesen des ihm gegenüber zu erhebenden Anspruchs bleibt doch immer mafsgeblich, dafs derselbe als Kontraktsanspruch geltend zu machen ist[5]). Und wenn auch in einem besonderen Fall, wie in demjenigen der l. 2 D. 12, 7, der Jurist die Frage aufwerfen

1) KOHLER S. 346.

2) KOHLER exemplifiziert auch zutreffend auf den Fall, wenn die Ware im Lokal des Verkäufers tradiert worden ist, und der Käufer sie abzuholen säumt.

3) KOHLER a. a. O.

4) a. a. O. S. 40.

5) Vgl. l. 1 § 47 D. 16, 3; l. 14 D. 18, 6.

mag, ob neben der zweifellos begründeten Kontraktsklage auch eine condictio sine causa zuständig sei, so ist doch der Anspruch seiner eigentlichen Natur nach sicherlich in demjenigen Falle nur der Anspruch aus dem ursprünglichen Schuldverhältnisse, bei welchem, ohne dafs der Obligationsnexus gelöst ist, die obligatio statt auf das verpflichtungsmäfsige Objekt nunmehr auf den durch Verkauf ermittelten und gewonnenen Wert desselben gerichtet ist. Es ist demnach unrichtig, wenn SCHEY lehrt, dafs die klassischen Juristen in solchen Fällen den Anspruch des Gläubigers auf die Bereicherung in die Klage aus der ursprünglichen obligatio kleiden. In der That ist der fragliche Anspruch seinem Wesen nach nichts anderes, als der Anspruch aus der ursprünglichen Obligation.

Dafs bei alledem von einem Erfüllungssurrogat im KOHLERschen Sinne nicht die Rede sein kann, scheint uns evident zu sein. Gewährt einerseits der Thatbestand der Verkaufsselbsthülfe nicht den geringsten Anhalt für eine beabsichtigte oder offerierte Tradition, so ist andererseits überhaupt der Gesichtspunkt der Erfüllung aus einem Verfahren auszuscheiden, welches keineswegs geeignet ist, das Objekt dem Gläubiger auch nur einen Schritt näher zu bringen, welches vielmehr allein an Stelle des Obligationsgegenstandes ein aliud rückt, ohne das rechtliche und thatsächliche Verhältnis der Parteien zu dem Objekt irgendwie zu verändern. Allenfalls könnte fraglich erscheinen, ob für den Selbsthülfeverkauf vom KOHLERschen Standpunkt aus der Charakter des Erfüllungssurrogats beziehungsweise der Traditionsofferte nicht dadurch zu retten wäre, dafs man als den Surrogatakt eine dem Verkaufsakt etwa folgende Hinterlegung des Erlöses ansähe. Allein immerhin wäre auch bei dieser Auffassung für die Unterordnung des Selbsthülfeverkaufs als solchen unter

die Kategorie, welche KOHLER zur Charakterisierung der hier besprochenen Rechtsbehelfe aufstellt, nichts gewonnen, und sodann ist es keineswegs immer der Fall, daſs an die Verkaufsselbsthülfe sich eine Deposition des Erlöses anschlieſst. Man bedenke nur, daſs die Verkaufsselbsthülfe ihre Hauptwirksamkeit auf dem Gebiete des Handelsrechts entfaltet. Unzweifelhaft werden gerade Kaufleute, sofern nicht überhaupt der Anspruch des Käufers auf Restitution des Erlöses durch Kompensation mit einem Gegenanspruch, insbesondere demjenigen auf Zahlung des Kaufpreises getilgt wird, regelmäſsig von einer Hinterlegung des Erlöses absehen und sich damit begnügen, den Betrag des Erlöses dem Käufer in ihren Büchern gutzuschreiben. In der That ist auch dieser Rechtsbehelf seinem Wesen nach nur ein feineres Mittel des Schuldners, sich von der fortdauernden Aufbewahrungspflicht bezüglich des Leistungsobjekts zu befreien.

2. Geltendes Recht.

a) Dereliktion und Deposition.

§ 5.

In der dargestellten Weise sind die besprochenen Rechtsbehelfe die Grundsäulen der römisch-rechtlichen Lehre vom Gläubigerverzug geblieben. Insbesondere hat sich auch die Preisgebung des Leistungsobjekts als der zwar roheste, aber energischste Ausdruck des jener Lehre zu Grunde liegenden Prinzips erhalten und ist mit dem römischen Recht auch nach Deutschland gelangt. Hier stieſs der in der Preisgebung des Objekts liegende Gedanke auf eine Fülle von Rechtsbildungen, denen in gleicher Weise das Rechtsprinzip zu Grunde liegt, daſs der Schuldner, wenn der Gläubiger seiner Mitwirkungspflicht zwecks Auflösung des Obligationsnexus durch Erfüllung

nicht nachkommt, durch Aussetzung der ferneren Leistungs- resp. Verwahrungspflicht sich entziehen kann. Von dem überaus lehrreichen und interessanten Detail, welches KOHLER[1]) in dieser Beziehung anführt, sei hier nur die die Leistung der Zehntpflicht betreffende Stelle des Sachsenspiegels II 48 § 7 wiedergegeben:

> Svenne en man sin korn invoren wel, dat sal he kündigen dem tegedere, of he in deme dorpe oder uppe'n velde is. Ne wardet he denne sines tegeden nicht, die man vertegede ime selven, als he sinen eid daran beware, of man in von ime hebben wel, unde bewise'ne twen sinen geburen unde late'ne ute stan; so sal he's bliven ane schaden, of he seder geergeret wert oder verloren.

Auch diese und die anderen den deutschen Rechtsquellen entnommenen Stellen führt KOHLER auf das von ihm verteidigte Prinzip des Erfüllungssurrogates und der Traditionsofferte zurück. Wir meinen jedoch, dafs sie auch mit dem von uns verfochtenen Gedanken der Dereliktion des Verpflichtungsgegenstandes in keinem Widerspruche stehen und daher zum mindesten weder für die eine noch die andere Auffassung erheblich ins Gewicht fallen[2]).

---

1) a. a. O. S. 291 ff.

2) KOHLER S. 290—291 bezieht sich zur Erhärtung seiner Auffassung auch auf die Analogie einer im indischen Gesetzbuch Naradas (Naradiya Dharmasastra) enthaltenen Vorschrift, deren englische Übersetzung er, wie folgt, wiedergiebt:

> If a debt is to be paid to a dead Brahmin creditor who has issue, it must to be paid to them; if there is not issue, the king shall cause the debt to be paid to his kinsmen; on their default, to his distant relatives.
>
> And if there are no kinsmen nor persons connected by sacred studies nor distant relatives, it shall be paid to other persons of the

Dafs das römisch-rechtliche Prinzip der Dereliktion des Leistungsobjekts, welches sich nach vorstehendem mit einem deutschen Rechtsgedanken eng berührte, Bestandteil des geltenden gemeinen Rechts geworden ist, wird man füglich nicht in Abrede stellen können, und zwar dann am wenigsten, wenn man der zwar bestrittenen, aber, wie wir meinen, durchaus richtigen Ansicht beitritt, dafs das römische Recht in complexu in Deutschland recipiert worden ist. So findet sich denn der fragliche Rechtssatz in der bei weitem gröfsten Zahl der Lehrbücher als geltendes Recht verzeichnet[1]). Aber jedenfalls ist jener Rechtsbehelf doch nur mit denjenigen Beschränkungen in das gemeine Recht übergegangen, welche ihm auch bereits im Recht der Römer eigen waren. Wie wir aber wissen, haben bereits die Römer auf der späteren Stufe der Entwickelung ihres Rechts verlangt, dafs der Schuldner zu diesem Rechtsbehelf nur greife, wenn er durch andere Mittel sich zu helfen nicht imstande sein sollte, und sind diesem Verfahren so abgeneigt gewesen, dafs sie seine Anwendung als geradezu gefährlich bezeichneten. Die Erwägungen, die für die Römer bei Statuierung dieser Beschränkungen bestimmend waren, sind aber fraglos für das moderne Recht von ganz besonders grofser Wichtigkeit. Ist einmal das moderne Wirtschaftsgetriebe so fein und kompliziert, dafs es einen so plumpen Eingriff, wie die von Gesetzes wegen gestattete systematische offenbar vielfach zur Vernichtung führende Preis-

---

creditor's class; if none such are present, let him cast it into the waters. Wir meinen, dafs gerade die Schlufsworte der Stelle mehr für die Dereliktionstheorie als für die Auffassung der Traditionsofferte sprechen.

1) So u. a. Sintenis, Civilr. II S. 213 Anm. 106; Baron, Pand. § 241 II; Dernburg, Pand. II § 43. 3b; Windscheid, Pand. II § 346. 3; vgl. auch Thöl, Handelsr. I § 282 Anm. 19.

gebung wirtschaftlich wertvoller Verkehrsobjekte, mit denen, wenngleich zunächst nur wirtschaftlich, erhebliche Interessen Dritter verbunden sind, nur schwer ertragen kann, so ist es andererseits auch ein unverkennbarer Zug der modernen Rechtsentwickelung, auch an sich berechtigten Interessen des einen Teils nur so zum Siege zu verhelfen, daſs sie den Interessen der anderen Seite möglichste Schonung angedeihen läſst. Dieser Zug tritt mit besonderer Schärfe in den Gestaltungen des modernen Kreditrechts hervor. Wir erinnern in dieser Hinsicht nur an die Bestimmungen gegen den Wucher, die Beschränkungen des Mobiliarpfändungsrechts und die Bestrebungen auf Schaffung einer Heimstättengesetzgebung. Wie hier darauf abgezielt wird, unbillige Härte des Gläubigers gegen den Schuldner hintanzuhalten, so muſs dasselbe Prinzip für die Gestaltung des Rechts der mora creditoris auf ein möglichst mildes Verfahren des Schuldners dem Gläubiger gegenüber hindrängen. Hieraus ergiebt sich, daſs die erwähnten bereits von den Römern geschaffenen Kautelen gegen rigorose Härte bei Anwendung des Dereliktionsrechts im gemeinen Recht von ganz besonders hervorragender Wichtigkeit sein müssen. Hiermit steht im Einklang, daſs der Gebrauch dieses Rechtsbehelfs in der Praxis des gemeinen Rechts, soweit sich dies übersehen läſst, ein minimaler ist[1]. Denn darf der Schuldner auf die Dereliktion des Leistungsobjekts nur zurückgreifen, sofern er auf andere Weise seine Interessen nicht zu wahren vermag, so wird, insbesondere bei der reichen Entfaltung des Depositalwesens und des die Grundlage des Selbsthülfeverkaufs bildenden Makler- und Auktions-

1) Vgl. SEUFFERT Entsch. Bd. 16 Nr. 25 auf S. 45. Andererseits wird in einer Entscheidung des vormaligen Oberappelationsgerichts Dresden v. 10. Dezember 1850 bei SEUFFERT Entsch. Bd. 5 Nr. 148 die prinzipielle Zulässigkeit des Dereliktionsrechts nicht in Zweifel gezogen.

wesens nur aufserordentlich wenig Raum für die Preisgebung des Schuldgegenstandes vorhanden sein und im wesentlichen allenfalls nur für die Geschäfte bleiben, welche Immobilien betreffen.

Einen besonders lebhaften Ausdruck findet die im vorstehenden geschilderte Richtung der modernen Rechtsentwickelung naturgemäfs in den modernen Kodifikationen. Dieselben gehen soweit, dafs sie die Aussetzung des Schuldobjekts aus der Lehre vom Gläubigerverzug überhaupt eliminieren oder, sofern sie diesen Rechtsbehelf aufnehmen, ihm ein aufserordentlich eng begrenztes Gebiet anweisen. Weder das preufsische allgemeine Landrecht noch der code civil noch auch das österreichische allgemeine bürgerliche Gesetzbuch kennen die Dereliktion des Leistungsgegenstands als Rechtsbehelf des durch mora creditoris in seinen Interessen bedrohten Schuldners. Ebensowenig thun von den modernen deutschen Entwürfen der hessische und der bayerische Entwurf der Aussetzung in dieser Anwendung irgend welche Erwähnung, während der Dresdner Entwurf in Art. 384 die Dereliktion zwar zuläfst, aber nur als äufsersten Notbehelf, wenn das Mittel der Hinterlegung unanwendbar ist oder der Selbstverkaufsversuch nicht zum Ziele führt. Von den neueren Gesetzgebungen gestattet das sächsische bürgerliche Gesetzbuch in § 757 bei Mobilien unter den gleichen Voraussetzungen, also als äufsersten Notbehelf, die Preisgebung des Schuldobjekts und bestimmt in demselben Paragraphen, dafs, sofern der Gegenstand der Leistung ein Grundstück ist, der Verpflichtete den in Annahmeverzug geratenen Berechtigten zur Übernahme der Sache durch das Gericht des Erfüllungsorts unter Bestimmung einer angemessenen Frist auffordern zu lassen und bei vergeblichem Ablaufe der Frist das Grundstück nach vorgängiger Anzeige bei dem Gerichte der belegenen

Sache zu verlassen befugt ist. Dieses Verfahren hat dann nach § 292 b. G.B. den Verlust des Eigentums an dem Grundstück im Gefolge, das Verlassen desselben wirkt also ganz wie die gemeinrechtliche Eigentumsdereliktion. Es erscheint gewifs nicht bedeutungslos, dafs auch dafs sächsische Gesetzbuch, welches von einer gewissen Neigung zu einem den Zwecken eines Gesetzbuches nicht immer entsprechenden Theoretisieren, wie bekannt, nicht ganz frei ist, den Rechtsbehelf der Dereliktion in die Ordnung des Gläubigerverzuges zwar aufnimmt, denselben aber, abgesehen von dem erwähnten äufsersten Notfalle, auf das für diese Lehre nicht eben sehr wichtige Gebiet der liegenden Gründe beschränkt, bei welchen in der That wenigstens der Rechtsbehelf des Selbsthülfeverkaufs nahezu unanwendbar ist.

Je mehr sonach die Entwickelung des modernen Rechts auf Zurückdrängung des Rechtsbehelfs der Sachpreisgebung gerichtet war, um so mehr mufsten Deposition des Leistungsgegenstandes und Selbsthülfeverkauf in den Vordergrund rücken. Wir finden denn auch speziell die Deposition nicht nur in zahlreichen, in die bekannten Sammlungen höchstrichterlicher Entscheidungen aus der Praxis des gemeinen Rechts aufgenommenen Entscheidungen erörtert, sondern auch sowohl in Spezialgesetzen (Depositalordnungen) als den modernen Kodifikationen zum Gegenstande gesetzgeberischer Behandlung gemacht. Da nun aber, wie erwähnt, die Hinterlegung des Schuldobjekts nicht nur da gegeben ist, wo mora creditoris den Schuldner auf Selbstbefreiung verweist, sondern überall da, wo die Leistung durch einen in der Person des Gläubigers liegenden Umstand verhindert wird[1]), so würde ein genaues Eingehen auf alle Einzelheiten der Lehre von

1) Vgl. auch Seufferts Archiv Bd. 21 Nr. 27 u. 28.

der Hinterlegung, welche übrigens vielfach allgemeinen juristischen Interesses entbehren, über die Zwecke unserer Untersuchung hinausgehen und darf mithin abgelehnt werden; immerhin wird eine Erörterung der wichtigsten prinzipiellen Fragen um so weniger zu umgehen sein, als die mannigfach hineinspielenden öffentlich-rechtlichen Beziehungen die Gefahr einer Verdunkelung der civilrechtlichen Grundlagen dieser Lehre mit sich bringen.

Anlangend die Frage, welche Sachen Gegenstand der Hinterlegung in diesem Sinne sein können, so ist für das gemeine wie für das römische Recht daran festzuhalten, dafs in dieser Hinsicht für irgend eine Art von Sachen eine prinzipielle Unzulässigkeit nicht besteht. Dafs insbesondere die Zulässigkeit der Hinterlegung nicht auf Geldobligationen beschränkt ist, sondern jedenfalls auch für andere bewegliche Sachen anerkannt werden mufs, erhellt aus l. 1 §§ 36—37 D. 16, 3 völlig evident[1]). Wenn diese Stelle auch nicht gerade einen Fall der Hinterlegung wegen Gläubigerverzuges betrifft, so ist dies selbstverständlich kein Grund, den hier ausgesprochenen Rechtsgrundsatz nicht auch auf mora creditoris zur Anwendung zu bringen. Und dafür, dafs in dieser Hinsicht das gemeine Recht vom Recht der Römer abweiche, ist ein zureichender Grund keineswegs erkennbar. Ebenso aber werden wir für das gemeine wie für das römische Recht an der Statthaftung der Deposition auch für liegende Gründe festhalten müssen, mit der Mafsgabe nur, dafs hier die Deposition in Form einer gerichtlich angeordneten Sequestration sich verwirklicht. Selbstverständlich wird allerdings auch im gemeinen Recht die Mehrzahl der in der Praxis vorkommenden Fälle die Hinterlegung von Geldschulden betreffen, wie dies

1) Vgl. auch Nov. 91 cap. II; Windscheid II § 347.

sowohl den Quellenzeugnissen der Römer entspricht, als auch aus den Thatbeständen der diesbezüglichen Entscheidungen erhellt, welche in die gemeinrechtlichen Urteilssammlungen Aufnahme gefunden haben. Immerhin aber dürfte es keinen Beifall verdienen, wenn in der in SEUFFERTS Archiv Bd. V Nr. 148 abgedruckten Entscheidung des vormaligen Oberappellationsgerichts zu Dresden vom 10. Dezember 1850 der Ausspruch sich findet, daſs eine Hinterlegung des Leistungsgegenstandes überhaupt nur bei Geldschulden zulässig sei, eine Ansicht, die freilich übrigens in der älteren gemeinrechtlichen Jurisprudenz auſserordentlich verbreitet gewesen ist[1]).

Die modernen Kodifikationen und Entwürfe nehmen hinsichtlich der Frage der Zulässigkeit der Deposition nicht immer denselben Standpunkt ein. Das preuſsische Recht statuirt nicht nur bei Geld, sondern auch Mobilien und richtiger Ansicht nach (DERNBURG, Privatr. II § 99) auch Immobilien die Zulässigkeit der Deposition und trifft nur Unterscheidungen hinsichtlich des Verfahrens und der Behördenkompetenz (§§ 213 A. L.R. I. 16; Hinterlegungs-O. v. 14. März 1879). Auch der code civil gestattet die Hinterlegung von Leistungsobjekten aller Art mit der Maſsgabe jedoch, daſs bei individuell bestimmten Sachen ein von dem im Regelfall, nämlich der Deposition von Geld, zu beobachtenden etwas abweichendes Verfahren Platz greift (l. c. art. 1257 ff., insbe-

---

1) Vgl. ULRICH S. 27. Auch LUDEN in WEICKES Rechtslexikon III S. 312 spricht nur von einer Geldschuld als Gegenstand der Deposition. Die richtige Ansicht findet sich u. a. im revidierten Landrecht des Herzogtum Preuſsen von 1685 (verbessertes Landrecht des Königreich Preuſsen von 1721) Buch IV Tit. IV Art. IV § 1, woselbst es heiſst: „Es ist auch ferner dieses eine species oder Art der Hinterlegung, wann nemlich ein Schuldner seinem creditori und Gläubiger das schuldige Geld oder Gut offeriret und fürlegt;“ u. s. w. So bei GRUCHOT, Zahlung S. 241.

sondere art. 1264). Daſs insbesondere auch die Immobiliarqualität der Sache die Hinterlegung (Sequestration) nicht ausschlieſst, wird in der Wissenschaft des französischen Rechts ausdrücklich hervorgehoben[1]). Ähnliche Anordnung trifft das österreich. bürgerl. Gesetzbuch in § 1425. Dasselbe unterscheidet Sachen, die zur Hinterlegung geeignet sind, von solchen, bei denen diese Voraussetzung nicht zutrifft. Bei den ersteren ist der Schuldner zur Hinterlegung befugt; bezüglich der letzteren wird ihm gestattet, „die gerichtliche Einleitung zu deren Verwahrung nachzusuchen“. Die prinzipielle Zulässigkeit dieses Rechtsbehelfs ist in keinem Falle verneint[2]). Auch das schweizerische Bundesgesetz vom 14. Brachmonat 1881 über das Obligationsrecht trifft eine Unterscheidung, je nachdem die zu leistende Sache sich zur Deposition eignet oder nicht. Ein besonderes Verfahren, auch bei Objekten der letzteren Gattung die Wirkungen der Hinterlegung zu ermöglichen, kennt dieses Gesetz nicht. Jedenfalls aber ist die Zulässigkeit der Deposition nicht auf Geldschulden beschränkt[3]). Ebenso gestattet das deutsche Handelsgesetzbuch in Art. 343 ausdrücklich die Deposition von Waren. Etwas einschränkende Bestimmungen enthält das sächsische bürgerliche Gesetzbuch in den §§ 757 und 758. Die Sequestration von Immobilien zum Zwecke des Schutzes des Schuldners gegen mora creditoris ist nach sächsischem Rechte nicht gestattet.

---

1) Larombière III a. 1264 Nr. 8;
Demolombe XXVIII Nr. 172;
Zachariae, franz. Civilr. II § 322 Anm. 20.

2) Vgl. Czyhlarz, Zeitschr. f. priv. u. öffentl. R. VI S. 688—690.

3) Vgl. Art. 107 Abs. 2: „Den Ort der Hinterlegung hat der Richter des Erfüllungsortes zu bestimmen, jedoch können Waren auch ohne richterliche Bestimmung in einem Lagerhaus hinterlegt werden.“

Von den modernen Entwürfen gewähren der hessische (Art. 301—302) und der bayerische (Art. 177) bei hierzu geeigneten Mobilien Deposition und statuieren bei Immobilien die Statthaftigkeit des bei dem Gericht der belegenen Sache (hess. Entw. a. a. O.) zu stellenden Antrages auf Beschlagnahme (Sequestration), während der Dresdner Entwurf von dem hessischen und dem bayerischen insofern abweicht, als er nichts von der Zulässigkeit dieses oder eines ähnlichen Rechtsbehelfs bei Immobilien erwähnt (Art. 384).

Läfst sich aus diesen und anderen gesetzgeberischen Arbeiten ein allgemeines Prinzip ableiten, so kann dasselbe nur dahin formuliert werden, dafs die Hinterlegung des Schuldobjekts nicht auf Geldforderungen und geldgleiche Sachen zu beschränken ist, vielmehr bei Mobilien im allgemeinen zur Anwendung gebracht werden kann, mit der Mafsgabe jedoch, dafs ein nicht überall gleiches Verfahren Platz greift. Ein allgemeines Prinzip der Zulässigkeit der Sequestration von Immobilien als Rechtsbehelfs gegen die Wirkungen des Gläubigerverzuges würde allerdings auf Grund der besprochenen Legislationen und Entwürfe nicht zu konstatieren sein.

Über den Ort der Hinterlegung entscheidet nach römischem und gemeinem Rechte die bereits citierte c. 19 C. 4, 32, insbesondere in den Schlufsworten des § 1: ubi competens judex super ea re aditus deponi eas disposuerit. Es ist Rechtens, dafs nur die auf Gestattung, resp. Anordnung durch den zuständigen Richter erfolgte Deposition die gesetzmäfsigen Wirkungen einer solchen haben kann. Kompetent aber ist nach gemeinem Recht das Gericht, resp. die Hinterlegungsstelle des Erfüllungsorts[1], d. h. desjenigen Orts, welcher gesetzmäfsig oder vertraglich als Erfüllungsort bestimmt ist,

---

1) Vgl. Dernburg, Pand. II § 61.

in Ermangelung eines solchen des Wohnorts des Schuldners [1]. Auf demselben Standpunkt steht die bei weitem grofse Mehrzahl der modernen Kodifikationen und Entwürfe. So bezeichnen gleichfalls den Erfüllungsort als den für die Deposition mafsgebenden das preufsische allgemeine Landrecht [2], das schweizerische Bundesgesetz über das Obligationsrecht [3], das sächsische bürgerliche Gesetzbuch [4], sowie der hessische [5] und der Dresdner Entwurf [6]. Das österreichische bürgerliche Gesetzbuch trifft keine ausdrückliche Bestimmung über den Depositionsort, doch ist in Theorie und Praxis des österreichischen Rechts kein Zweifel, dafs die besprochenen gemeinrechtlichen Grundsätze zur Anwendung kommen müssen [7]. Nur der bayerische Entwurf gestattet die Hinterlegung sowohl bei dem Gerichte des Erfüllungsorts, als dem ordentlichen Gerichte des Gläubigers oder des Schuldners [8]. Es bedarf keiner Ausführung, dafs die Verlegung der Deposition in den gesetzlich oder vertragsmäfsig festgesetzten Ort der Erfüllung durchaus dem Umstande entspricht, dafs mit der Hinterlegung zahlreiche und wesentliche Wirkungen der Erfüllung verbunden sind und dieselbe geradezu zur Erfüllung führen kann.

---

1) Luden in Weiskes Rechtslexikon Bd. III S. 313; Glück, Erläuterung der Pand. IV S. 422 Anm. 74; vgl. auch Gruchot a. a. O. S. 250 Anm. 10; Seufferts Archiv Bd. 24 Nr. 21.

2) A.L.R. I. 16 § 214, I. 17 § 157.

3) Art. 107.

4) § 756.

5) Art. 301. Bei Immobilien fällt der Erfüllungsort naturgemäfs mit dem Gericht der belegenen Sache zusammen. (Art. 302.)

6) Art. 384.

7) Czyhlarz a. a. O. S. 665.

8) Art. 177. — Bezüglich des code civil, welcher nur von dem Orte der der Deposition notwendigerweise vorhergehenden offres réelles spricht, vgl. Art. 1258.

Während nach römischem Recht die Deposition apud sacratissimas aedes vel ubi competens judex super ea re aditus deponi eas disposuerit zu erfolgen hatte, sind nach gemeinem Rechte die Gerichte die zur Annahme der Deposition befugten und verpflichteten Amtsstellen. Die Gerichte haben auf Grund eines an sie gebrachten Depositionsantrages die Annahme des Depositums zu verfügen. Ein weiteres ist nicht erforderlich. Insbesondere bedarf es weder einer Vorladung des Gläubigers ad videndum deponi, ein Erfordernis, welches von älteren gemeinrechtlichen Juristen mehrfach behauptet worden ist[1]), noch auch überhaupt einer durch Richterspruch abzuschliefsenden kontradiktorischen Verhandlung. Vielmehr ist die Gestattung der Deposition allein ein Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit und geschieht durchaus nur auf Gefahr des Schuldners. Die Frage der Gültigkeit der Hinterlegung bleibt dem auf die Leistungsklage des Gläubigers im ordentlichen Prozefsverfahren zu erlassenden Endurteil vorbehalten, wie dies zutreffend in dem Urteile des vormaligen Oberappellationsgerichts zu Kassel vom 21. Januar 1853 (Seuffert, Archiv Bd. 8 Nr. 23) ausgeführt ist[2]). Auch die im römischen Recht wenigstens bei Geldschulden allgemein

---

1) Hellfeld, jurispr. for. § 1935; Stryk, usus mod. Pand. XLVI 3 § 17 (bei Gruchot, Zahlung S. 248—249); sowie Höpfner, Inst. Comm. § 982 u. Mevii decis. p. II dec. 201, p. VI dec. 121; vgl. auch Unterholzner, Theorie u. Kasuistik Bd. III S. 355 Nr. 3. Unterholzner selbst hält mit den meisten Älteren die citatio ad videndum deponi wenigstens für ratsam. Ebenso Puchta, Dienst der teutschen Justizämter Bd. II S. 596—597. Gegen dieses Erfordernis spricht sich eine Entscheidung des vormaligen Oberappellationsgerichts zu Darmstadt v. 23. März 1860 (Seufferts Archiv Bd. 21 Nr. 27) aus.

2) Vgl. auch Urteil des Obertribunals zu Berlin vom 24. April 1877 (Seuffert, Archiv Bd. 33 Nr. 217).

üblich gewesene[1]) Versiegelung (obsignatio) ist richtiger und jetzt herrschender Ansicht nach ein Erfordernis rechtsgültiger Deposition im gemeinen Rechte umsoweniger, als diesem Verfahren vielfach die Organisation der Verwahrungsstellen entgegensteht[2]).

Auf wesentlich derselben Grundlage, wie das gemeine Recht, steht auch in dieser Frage die Mehrzahl der modernen Kodifikationen[3]). Eine citatio ad videndum deponi verlangt zwar der code civil in Art. 1259. Erscheint der Gläubiger jedoch nicht, so genügt auch die nach der Deposition erfolgte Zustellung des Niederlegungsprotokolls an den Gläubiger mit der Aufforderung, den hinterlegten Betrag abzuheben. Andererseits ist in §§ 221 und 222 I. 16 des preufsischen Allgemeinen Landrechts bestimmt, dafs eine vorgängige Vernehmung des Gläubigers stattzufinden hat, wenn derselbe „die Annahme der Zahlung aus einem unerheblichen oder doch zweifelhaften Grunde verweigert", sowie bei gewissen Zweifeln hinsichtlich der Legitimationsfrage. Jedoch sind diese Bestimmungen infolge der Hinterlegungsordnung vom 14. März 1879 im wesentlichen obsolet geworden; denn nach § 19 Abs. 2 dieses Gesetzes bedarf es für die Annahme zu deponierenden Geldes durch die Hinterlegungsstellen (die Regierungshauptkassen, bezw. in Berlin die vereinigte Konsistorial-, Militär- und Baukasse) keiner vorgängigen richterlichen Entscheidung oder Anordnung. Eine leichte Abweichung vom gemeinen Recht

---

1) Vgl. z. B. l. 1 § 36 D. 16, 3; l. 8 D. 18, 3; l. 11 § 3 D. 19, 2; l. 1 § 3, l. 7 D. 22, 1; c. 19 C. 4, 32; c. 7 C. 4, 54; c. 9 C. 8, 43; Nov. 91 cap. 2.

2) Vgl. Luden a. a. O. S. 313.

3) Vgl. auch W.O. Art. 40, woselbst die Notwendigkeit der Vorladung des Wechselinhabers ad videndum deponi ausdrücklich verneint ist.

weisen noch das österreich. b. G.B. (§ 1425) und das sächsische b. G.B. (§ 756)[1]) insofern auf, als sie gerichtliche Mitteilung der erfolgten Deposition an den Gläubiger vorschreiben[2]). Von der Notwendigkeit der Versiegelung ist selbstverständlich in den modernen Gesetzbüchern und Entwürfen nirgends die Rede. Von wesentlicher Bedeutung ist schliefslich, dafs das deutsche Handelsgesetzbuch bei Gläubigerverzug die Deposition des Leistungsgegenstandes in einem öffentlichen Lagerhause oder bei einem Dritten gestattet, ohne die Mitwirkung des Gerichts oder sonst einer Behörde zu erfordern.

In der Frage der Wirkungen des Depositionsakts stehen das gemeine Recht ebenso wie die modernen legislatorischen Arbeiten insofern fast durchaus auf dem Boden des Rechts der Römer, als unzweifelhaft der Schuldner durch die Hinterlegung des Schuldobjekts sowohl von der Pflicht der weiteren Verwahrung der Sache als von der Leistungsklage befreit wird, ferner die Pflicht der Zahlung von Konventionalzinsen von diesem Zeitpunkt ab aufhört[3]), und endlich jedenfalls über diesen Moment hinaus die accessorischen Verbindlichkeiten der Pfänder und Bürgen nicht mehr haften.

Andererseits ist für das gemeine Recht auch aufser Frage,

1) Vgl. auch Ein- und Ausführungsverordnung vom 9. Januar 1865 in § 12.

2) Vgl. auch privatr. Gesetzb. f. den Kanton Zürich § 996. Die preufsische Hinterlegungsordnung bestimmt in § 19 Abs. 5, dafs der Schuldner den Gläubiger von der Hinterlegung in formeller Weise sofort zu benachrichtigen habe, widrigenfalls er schadensersatzpflichtig wird.

3) Das sächs. bürg. Gesetzbuch befreit allerdings in § 750 den Schuldner bereits mit dem Zeitpunkt der eingetretenen mora creditoris von der Zinspflicht. Ebenso das privatr. Gesetzbuch für den Kanton Zürich § 960. Anders dagegen wiederum das schweizerische Bundesgesetz über das Obligationsrecht § 107.

dafs der Schuldner befugt ist, die hinterlegte Sache wieder zurückzunehmen, in welchem Falle die Forderung mit allen Nebenverpflichtungen wieder auflebt, und zwar dauert diese Befugnis des Schuldners so lange, bis der Gläubiger die hinterlegte Sache angenommen oder zum mindesten zur Annahme derselben sich bereit erklärt hat. Bis dahin verbleibt das Eigentum der deponierten Sache dem Schuldner [1]).

Den gemeinrechtlichen Prinzipien folgen im wesentlichen code civil Art. 1257, 1261, 1262, der hessische Entwurf in Art. 303 bis 305, der bayr. Entwurf Th. II Art. 178 und 179, der Dresdner Entwurf in Art. 385 und 386, das schweizerische Bundesgesetz über das Obligationsrecht Art. 109 [2]); und auch das österreichische Recht entspricht, wenngleich das österr. b. G.B. sich speziell über die Rücknahmebefugnis des Schuldners nicht äufsert, in der Frage nach den Wirkungen der Deposition den dargelegten Grundsätzen des gemeinen Rechts [3]).

Nicht ganz unerhebliche Abweichungen von den letzteren finden sich dagegen im sächsischen und neueren preufsischen Recht. Das erstere gestattet dem Schuldner die Rücknahme der deponierten Sache nur bis zu der „ohne Verzögerung" zu bewirkenden amtlichen Mitteilung der Hinterlegung an den Gläubiger. Was das allgemeine Landrecht anbelangt, so

---

1) Vgl. auch Czyhlarz a. a. O. S. 673 Anm. 39.

2) Diese legislatorischen Arbeiten lassen in kasuistischer Weise die Rücknahmebefugnis auch beendet werden, sobald der Schuldner auf Grund der Hinterlegung die Löschung der zur Sicherheit seiner Schuld bestellten Hypothek erwirkt hat (hess. Entw. Art. 304) oder auch eine bestellte Kaution (bayr. Entw. Art. 379; Dresdner Entw. Art. 360) oder ein für die Schuld gegebenes Faustpfand (schweizer. Ges. Art. 109) zurückgegeben ist; vgl. hierzu Kohler S. 352.

3) Vgl. Czyhlarz a. a. O. S. 674 ff.

spricht es sich ebensowenig, wie die österreichische Kodifikation, über die Rücknahmebefugnis des Schuldners aus, und aus allgemeinen Grundsätzen folgt auch für das preufsische Recht keineswegs eine Modifikation dessen, was im gemeinen Recht in dieser Frage gilt[1]. Dagegen hat die Hinterlegungsordnung Veränderungen in dem bis dahin bestandenen Rechtszustand hervorgerufen. Von geringerem Gewicht für die Frage nach dem Verhältnis zwischen Gläubiger und Schuldner, auf welchem naturgemäfs der Schwerpunkt der für uns erheblichen Wirkungen der Hinterlegung beruht, ist der Umstand, dafs nach § 7 der Hinterlegungsordnung das bei den Verwaltungsbehörden hinterlegte Geld in das Eigentum des Staates übergeht und der Berechtigte nach § 8 Gläubiger der Staatskasse wird. Für uns ergiebt sich hieraus als wesentlich eigentlich nur die unzweideutige Ablehnung des von einigen älteren gemeinrechtlichen Praktikern behaupteten und sogar in das bayerische Landrecht von 1756 (Codex Maxim. bav. civ. Th. IV. cap. 14 § 15) übergegangenen Satzes, demzufolge der Gläubiger bereits mit dem Moment der Hinterlegung Eigentümer der deponierten Sache wird. Demgegenüber ist aber die Bestimmung des § 19 Abs. 6 der Hinterlegungsordnung, dafs der Schuldner das hinterlegte Geld zurückzunehmen nur bei ausdrücklichem Vorbehalt der Zurücknahme befugt ist, abgesehen von der Zweckmäfsigkeitsfrage von nicht zu unterschätzender prinzipieller Bedeutung. Hierzu noch einige Worte.

Wie wir wissen, ist für das römische Recht die Annahme, dafs die Deposition Erfüllungscharakter habe, unvereinbar, insbesondere einmal mit der Thatsache, dafs bei Obligationen, welche auf Eigentumsübertragung gerichtet sind, das Eigentum

1) Dernburg, Pr. Pr.R. II § 99.

der deponierten Sache auf den Gläubiger nicht vor Empfangnahme derselben, also jedenfalls nicht bereits mit der Hinterlegung übergeht, sodann mit dem Umstande, dafs vor Empfangnahme der Sache durch den Gläubiger resp. dessen Annahmeerklärung dem Schuldner ohne irgend welche Beschränkung die Zurücknahme der Sache gestattet ist. Wenn nun in beiden Beziehungen sowohl das gemeine Recht als die modernen Legislationen und Entwürfe auf dem Boden des römischen Rechts stehen, so mufs auch für das moderne Recht an der prinzipiellen Auffassung festgehalten werden, dafs die Hinterlegung des Leistungsgegenstandes nicht die Natur der Erfüllung hat, sondern ihrer eigentlichen Natur nach nur ein Mittel für den Schuldner ist, sich der fortdauernden Aufbewahrungspflicht zu entziehen, ein Mittel, an welches allerdings wesentliche Wirkungen der Erfüllung geknüpft sind; daher darf, obwohl die Lehrbücher des gemeinen Rechts vielfach wie die modernen legislatorischen Arbeiten in ihrer grofsen Mehrzahl die Wirkung der Deposition als diejenige der Erfüllung bezeichnen, hierin doch im wesentlichen nur eine gegenüber jenen erwähnten rechtlichen Erscheinungen nicht zu billigende theoretische Ausdrucksweise erblickt werden.

Auch das sächsische und preufsische Recht führen die Deposition auf den Begriff der Erfüllung zurück, und zwar das sächsische b. G.B. von dem Moment an, in welchem dem Gläubiger die Deposition durch das Gericht bekannt gemacht worden ist. Wenn nun das sächsische Recht von diesem Zeitpunkt an die Rücknahme der deponierten Sache durch den Schuldner ausschliefst, das preufsische Recht die Zurücknahmebefugnis überhaupt an die Voraussetzung ausdrücklichen Vorbehalts knüpft, so ist ohne weiteres klar, dafs hierbei die Argumente, welche der Auffassung der Hinterlegung als eines der Erfüllung gleichen Aktes entgegenstehen, teils eliminiert,

teils wesentlich abgeschwächt sind. Läfst man die praktischen Bedenken, welche speciell der Anordnung des sächsischen Rechts entgegenstehen mögen[1]), aufser Betracht, so ist doch soviel unverkennbar, dafs diese modernsten Legislationen zum mindesten auf dem Wege sind, die Widersprüche zwischen den theoretischen Auffassungen des Depositionsaktes und seinen gesetzlichen Konsequenzen zu beheben und[2]) damit der ganzen Lehre den Charakter der Einheitlichkeit und Geschlossenheit zu geben, welchen die Darstellungen des gemeinen Rechts so vielfach vermissen lassen. Hierbei ist zu erwägen, dafs die Beschränkungen der Rücknahmebefugnis auch auf das Verhältnis des Gläubigers zur Sache von bedeutendem Einflufs sind.

Ist die Rücknahmebefugnis des Schuldners ausgeschlossen, so ist damit allerdings das Eigentum der hinterlegten Sache auf den Gläubiger noch nicht übergegangen; immerhin aber ist nunmehr der Gläubiger der einzige, welchem fortan Ansprüche auf die Sache zustehen. Hiermit ist zwar das Erfüllungsideal, welches in Übergang des Eigentums auf den Gläubiger besteht, noch nicht erreicht, jedoch ist ihm die thatsächliche Rechtsgestaltung aufserordentlich nahe gekommen[3]).

Was endlich die Frage nach dem Rechtsverhältnis des Deponenten, bezw. der bei der Hinterlegung Beteiligten zu dem Staat im Falle der Deposition anbetrifft, so entsteht hierbei insbesondere der Zweifel, ob aus der Deposition ein vertragsmäfsiges Verhältnis zwischen dem Deponenten und dem durch die Verwahrungsstelle vertretenen Staat erwächst,

---

1) Vgl. hierüber Unger, Besprechung des revidierten Entwurfes eines b. G.B. für das Königreich Sachsen S. 43.

2) Vgl. auch Pöschmann in Siebenhaars Kommentar II S. 64. 65.

3) Vgl. hierzu Kohler S. 355.

oder ob die Deposition in dem Sinne ausschliefslich öffentlich-rechtlichen Grundsätzen unterliegt, dafs Annahme und Auszahlung von Depositen durchaus nur Akte der staatlichen Hoheit sind, so dafs auch behufs Erwirkung der Auszahlung der Rechtsweg ausgeschlossen ist, eine Streitfrage, welche mit besonderer Lebhaftigkeit auf dem Gebiete des preufsischen Rechts erörtert worden ist. Soviel ist ja ohne weiteres zuzugeben, dafs, wie die innere Organisation der Verwahrungsstellen öffentlichen Rechtes ist, so auch die Verwahrungsstellen die Depositen kraft behördlicher Verpflichtung auf Grund des Gesetzes annehmen. Hieraus folgt aber keineswegs, dafs Gericht oder Verwaltungsbehörde nicht zugleich privatrechtlich nach Mafsgabe des Gesetzes mit dem Hinterlegenden kontrahieren. Es steht nichts entgegen, anzunehmen, dafs wir es hier mit Verträgen zu thun haben, zu deren Abschlufs unter den gesetzlich festgestellten Bedingungen der eine Kontrahent (der Staat) gesetzlich verpflichtet ist. Nach § 3 des Gesetzes über das Postwesen des deutschen Reiches vom 28. Oktober 1871 darf die Annahme und Beförderung von Postsendungen von der Post nicht verweigert werden, sofern die Bestimmungen dieses Gesetzes und des Postreglements beobachtet sind, und doch bezweifelt niemand, dafs zwischen der Postanstalt und dem Absender, bezw. dem Reisenden, ein privatrechtlicher Vertrag geschlossen wird[1]. Diesen Gesichtspunkt würdigen von den Gegnern der hier verfochtenen Ansicht insbesondere Roloff[2] und Gruchot[3] nicht hinreichend. Dafs durch die Hinterlegung ein privatrechtliches Schuldverhältnis zwischen dem Hinterlegenden und dem Staate entstehe, und dafs der

---

1) Vgl. auch § 50 Abs. 2 ibid.

2) Preufs. Anwaltszeitung von 1864 S. 297 ff.

3) a. a. O. S. 270.

zum Empfange des Geldes Berechtigte Gläubiger des Staates sei, räumen auch speziell für das preufsische Recht das Urteil des Gerichtshofs für die Entscheidung der Kompetenzkonflikte v. 10. Juni 1882 (Ministerialblatt für die innere Verwaltung v. 1882 S. 242 ff., vgl. auch Urteil desselben Gerichtshofs vom 11. Oktober 1884 in dem Ministerialblatt von 1884 S. 248) und VIERHAUS in der 8. Auflage von KOCHS Kommentar Bd. II S. 399 ein. Dann aber wird man den Schlufs nicht abweisen können, dafs, wie ECCIUS[1]) unter Berufung auf § 13 G. V. G. und § 4 E. G. z. C.P.O. treffend ausführt, der Privatrechtsweg nicht ausgeschlossen sein kann. Auch der Umstand ist beachtlich, dafs die Hinterlegungsordnung vom 14. März 1879 in den §§ 7, 8, 29, 32, woselbst von einer Haftung, Inanspruchnahme der Staatskasse die Rede ist, auf ein mittels Civilklage durchzusetzendes Rechtsverhältnis hinzuweisen scheint[2]).

Ob unter allen Umständen der Gesichtspunkt des Verwahrungsvertrages den Wirkungen der Hinterlegung und den Intentionen der Beteiligten vollkommen gerecht wird, kann allerdings zweifelhaft erscheinen. Dies gilt insbesondere von den durch die Prozefsordnung bestimmten Fällen der Hinterlegung zwecks Sicherheitsleistung[3]). Hieraus könnte jedoch allenfalls nur gefolgert werden, dafs die aus dem römischen Recht entnommenen Rechtsfiguren des Depositums und des Darlehns die Gestaltungen des modernen Lebens nicht immer genügend umfassen, nicht aber dafs ein Privatrechtsgeschäft überhaupt nicht zu Grunde gelegt werden kann. Die von VIERHAUS a. a. O. S. 400 hervorgehobene Schwierigkeit, „wie

---

1) Privatrecht, 6. Aufl. S. 302 Anm. 95.

2) Vgl. SELIGSOHN in GRUCHOTS Beiträgen. Bd. 34 S. 331.

3) Vgl. R.G. Bd. 11 S. 319.

die demnächst, vielleicht unter Bestreiten des Hinterlegenden, als empfangsberechtigt festzustellende Person in das Vertragsverhältnis eintreten solle", erweist sich u. E. als gehoben, sobald man erwägt, dafs es ja eben Intention des Hinterlegenden ist, zu Gunsten des Berechtigten oder desjenigen, der sich als berechtigt erweist, zu deponieren, wobei hier dahingestellt bleiben kann, ob man einen Vertrag zu Gunsten eines Dritten, oder einen kraft Gesetzes eintretenden Rechtsübergang unterstellen will.

Jedenfalls ist für den uns hier in erster Linie interessierenden Fall der Deposition des Schuldners zum Zweck seiner Liberation die Verwendung der Kategorie des Verwahrungsvertrages völlig unbedenklich, und der Anspruch des Gläubigers gegen den Staat (den Depositar) entspricht durchaus den früher besprochenen, auch für das moderne Recht zur Anwendung zu bringenden römisch-rechtlichen Grundsätzen. Bemerkt werden mag auch, dafs das A. L.R., welches im dritten Abschnitt des Tit. XVI, T. I aussschliefslich die bezüglichen Thatbestände erörtert, in § 233 l. c. bezüglich der Wirkungen ausdrücklich auf die Lehre vom Verwahrungsvertrage (Tit. XIV, Abschn. 1) verweist. Wir meinen, dafs, wo so deutlich die Voraussetzungen eines privatrechtlichen Vertrages vorliegen, aus dem Umstande, dafs die gesetzlich bestimmte Verwahrungsstelle eine staatliche Behörde ist, ein Argument dagegen, dafs wirklich ein Vertragsverhältnis zu Stande kommt, nicht abgeleitet werden kann. Die im Urteil des vorm. Oberappellationsgerichts zu Dresden vom 27. März 1863[1]) in Bezug genommene a. depositi der c. 19 C. 4, 32 ist sonach auch für das preufsische Recht zuständig, und zwar als a. utilis auch zu Gunsten des Gläubigers. Denn dieser

1) Seuffert, Arch. Bd. 17 Nr. 123.

ist in dem vorausgesetzten Fall der „zum Empfang des Geldes Berechtigte“, welchen § 8 der Hinterlegungsordnung im Auge hat.

Ist Gegenstand der Deposition Geld, so geht das Eigentum des hinterlegten Betrages nach Bestimmung einiger Legislationen auf den Fiskus über, während den Beteiligten nur ein Anspruch auf eine Quantität ejusdem generis bleibt. Insbesondere greift diese Ordnung, wie bereits bemerkt, im preufsischen Recht nach § 7 der Hinterlegungsordnung ohne Ausnahme und nach österreichischem Recht [1]) wenigstens in der Regel Platz. In diesem Falle hat das durch die Deposition begründete Rechtsverhältnis die Natur eines depositum irregulare [2]). Hinsichtlich des preufsischen Rechts wird allerdings von Eccius [3]) in Abrede gestellt, dafs dasselbe ein depositum irregulare kenne, und ihm ist das Reichsgericht beigetreten [4]). Eccius ist auf Grund der §§ 81—84 A. L.R. I. 14 der Ansicht, dafs, sofern vertretbare Sachen mit der Mafsgabe in Verwahrung gegeben werden, dafs sie in das Eigentum des Verwahrers übergehen, von nun an nur ein Darlehnsvertrag als vorliegend zu erachten sei. Wir meinen jedoch, dafs zwischen den wirtschaftlichen Funktionen des Darlehns und des Verwahrungsvertrages ein so tiefgreifender Unterschied besteht, dafs die Kategorie eines depositum irregulare auch im modernen Recht nicht entbehrt werden kann [5]). Eccius selbst bestreitet nicht, dafs die §§ 82 u. 83 A. L.R. I. 14 sich auf den Fall eines von

1) Vgl. Czyhlarz a. a. O. S. 671.

2) Vgl. bezüglich des österr. Rechts Czyhlarz a. a. O.

3) Privatr. II § 139 Anm. 71.

4) Entsch. Bd. 11 S. 322; vgl. auch Rehbein, Entscheid. des vorm. Obertribunals II S. 662.

5) Vgl. Dernburg, Pr.R. II § 211; Hinschius in Kochs Kommentar 8. Aufl. II S. 223 Anm. 61.

Anfang an beabsichtigten eigentlichen Darlehns beziehen, und weder die von Eccius in Bezug genommene Nichterwähnung des depositum irregulare im Landrecht noch die offenbar nur die Verhinderung von Gesetzesumgehung bezweckende Bestimmung des § 84 l. c. scheinen uns ein ausschlaggebendes Argument gegen die hier vertretene Ansicht zu bieten. Wie dem aber auch sei, jedenfalls dürfte in den bezüglichen Bestimmungen der Hinterlegungsordnung ein depositum irregulare anerkannt sein, selbst wenn man annehmen sollte, daſs im übrigen das Landrecht diese Kategorie verwirft, und insoweit ist offenbar auch Eccius der Zulassung dieses Begriffs nicht abgeneigt. Für den uns hier interessierenden Fall erachten wir daher auch bezüglich des preuſsischen Rechts eine Schwierigkeit aus der im übrigen bestrittenen Reception des depositum irregulare als nicht vorliegend.

b) Selbsthülfeverkauf.

§ 6.

Während die Preisgebung des Leistungsgegenstandes im modernen Recht diejenige Bedeutung, welche ihr im Rechte der Römer unzweifelhaft zukam, wesentlich verloren hat, während die Institution der Hinterlegung des Schuldobjekts bereits bei den Römern eine zur praktischen Anwendung hinreichend feste Organisation erhalten hat, haben die Römer hinsichtlich des Selbsthülfeverkaufs sich damit begnügt, das Prinzip aufzustellen, und ist die praktische Ausgestaltung desselben erst im modernen Recht, insbesondere den neuzeitlichen Kodifikationen gewonnen worden. In der That ist für eine ersprieſsliche Ausbildung und Anwendung dieses Rechtsbehelfs erforderlich, daſs in Messen und Börsen, Auktionatoren und Mäklern Voraussetzungen geschaffen sind, ohne welche bei

Anwendung eines so außerordentlichen Rechtsbehelfs die Gläubigerinteressen nicht hinreichend gewahrt erscheinen. Es ist aber auch das Mess-, Auktions- und Mäklerwesen, wiewohl sich Anfänge bereits bei den Römern zeigen, zu der Entwickelung, auf welcher wir es jetzt erblicken, erst in neuerer und neuester Zeit gelangt. Vollkommen erklärlich ist es daher, wenn für die Skizzierung der rechtlichen Gestaltung des Selbsthülfeverkaufs die Richtlinien den Quellen nur in beschränktem Maße zu entnehmen sind, und auch für das gemeine Recht Praxis und Rechtssitte vielfach ergänzend eintreten mußten.

Wenngleich der Selbsthülfeverkauf ohne Frage die feinste und praktikabelste Handhabe für den Schuldner ist, die nachteiligen Folgen einer Perpetuation des Gläubigerverzuges abzuwehren, so greift dieser Rechtsbehelf, indem er dem Schuldner statt des eigentlichen Obligationsgegenstandes dessen durch Verkauf ermittelten Wert, somit ein aliud gewährt, in so außerordentlicher Weise in die Rechtssphäre des Gläubigers ein, daß Praxis und Theorie des gemeinen Rechts, in dieser Beziehung mit dem römischen Recht nicht ganz übereinstimmend, dem Schuldner den Selbsthülfeverkauf des Obligationsgegenstandes nur „im Notfall" gestattet, d. h. dann, „wenn er ihn wegen überwiegender eigener Interessen nicht länger aufbewahren kann" [1]. Ähnlich wenn auch in etwas anderer Wendung äußert sich das vormalige Oberappellationsgericht zu Dresden in einer Entscheidung vom November 1855 (also vor Einführung des sächs. b. G.B.) bei SEUFFERT, Archiv Bd. 11 Nr. 139. Hiernach soll der Selbsthülfeverkauf nur gerechtfertigt sein, wenn, wie in l. 1 § 3 D. 18, 6, durch Ver-

---

1) SINTENIS, Civilrecht II S. 213; vgl. auch WINDSCHEID II § 346 Anm. 6 und MOMMSEN a. a. O. S. 313.

meidung der Dereliktion die Geschäfte des Käufers utiliter geriert sind[1]).

Auch die modernen legislatorischen Arbeiten haben in ihrer Mehrzahl die Verkaufsselbsthülfe an gewisse Beschränkungen gebunden, jedenfalls aber der Deposition als einer in ihren Wirkungen wesentlich konservatorischen Maſsregel vor der Verkaufsselbsthülfe wegen des peremtorisch-solutorischen Charakters der letzteren den Vorzug gegeben, und einige der modernen Kodifikationen haben diesen Rechtsbehelf überhaupt nicht aufgenommen.

Ohne Reception ist die Verkaufsselbsthülfe im französischen und, wie wir annehmen dürfen, auch im österreichischen Rechte[2]) geblieben. Die übrigen neueren Kodifikationen

---

1) Die unrichtige Heranziehung des Prinzips der negotiorum gestio haben wir bereits oben erörtert. — Vgl. auch Entsch. des vorm. Oberappellationsgerichts zu München vom 1. März 1862, Seuffert, Archiv Bd. 16 Nr. 25; sowie Entsch. des vorm. Obertribunals zu Stuttgart vom 18. Dezember 1860, Seuffert, Archiv Bd. 14 Nr. 122.

2) Schey a. a. O. S. 48—50. 124 will die Verkaufsselbsthülfe (ebenso die Preisgebung des Leistungsobjekts) auch im Rechtssystem des österr. a. b. G.B. anerkannt wissen, — wie wir jedoch meinen, mit Unrecht. Er leitet seine Aufstellung aus dem nach ihm im österr. Recht anerkannten Rechtsprinzip ab, demzufolge die mora des Gläubigers den Schuldner exculpiere, wenn er sich der zu leistenden Sache entledige, so daſs die in der Folge eintretende Unmöglichkeit der Erfüllung als kasuelle zu betrachten sei. Den Ausdruck dieses Rechtsprinzips findet dieser Schriftsteller in dem Satze des § 1419 a. b. G.B., daſs „die widrigen Folgen“ seiner Zögerung auf den Gläubiger fallen. Aber weder die Befugnis des Selbsthülfeverkaufs im speziellen noch auch die Gestattung, sich der Sache zu entledigen, kann ohne weiteres als eine „widrige Folge“ des Gläubigerverzuges angesehen werden. Wenn auch, worauf Schey S. 122 hinweist, der Schuldner auf Grund der mora creditoris nur noch für dolus und culpa lata haftet, so fragt es sich doch eben, ob nicht dolus oder culpa lata vorliegt, falls der Schuldner bewuſst sich in eine Lage versetzt, in welcher die Leistung zu einer wenigstens

und Entwürfe knüpfen fast durchweg die Befugnis der Verkaufsselbsthülfe an Beschränkungen, indem sie hierbei mehr oder minder in der Fassung voneinander abweichen. Im wesentlichen gestatten sie den Selbsthülfeverkauf nur, sofern die Sache sich zur Deposition nicht eignet und resp. oder ihre Aufbewahrung Kosten bezw. Unbequemlichkeiten verursacht (Sächs. B.G.B. § 757; Schweiz. Gesetz Art. 108; Hess. Entw. Art. 301 Abs. 2; bayer. Entw. Art. 177 Abs. 2; Dresd. Entw. Art. 384). Sie folgen hierbei dem Beispiel des preuſs. A. L. R., welches in § 218 I. 11 dem Verkäufer bei mora accipiendi des Käufers zu dem Antrage auf gerichtliche Versteigerung des Objekts berechtigt, sofern die Sache dem Verderben unterworfen ist oder zu besorgen steht, daſs die Kosten der Aufbewahrung und Verwaltung mehr als die Hälfte des Kaufpreises betragen werden.

Diese Schranken fallen in der Normierung des Handelsgesetzbuchs, wie dieselbe im Art. 343 Abs. 2 u. 3 enthalten ist. Diese Bestimmung ist für die Entwickelung der Lehre vom Gläubigerverzug wichtig genug, daſs sie hier im Wortlaut wiedergegeben werde:

> „Ist der Käufer mit der Empfangnahme der Ware im Verzuge, so kann der Verkäufer die Ware auf Gefahr und Kosten des Käufers in einem öffentlichen Lagerhause oder bei einem Dritten niederlegen. Er ist auch befugt, nach vorgängiger Androhung die Ware öffentlich verkaufen zu lassen; er darf, wenn die Ware einen Börsenpreis oder einen Marktpreis hat, nach vorgängiger Androhung den Verkauf auch nicht öffentlich durch einen Handelsmäkler oder in Ermangelung eines

---

subjektiven Unmöglichkeit wird. Der Ausschluſs dieser Annahme erfordert eine positive Bestimmung, die eben im österr. Recht vermiſst wird.

solchen durch einen zu Versteigerungen befugten Beamten zum laufenden Preise bewirken. Ist die Ware dem Verderben ausgesetzt und Gefahr im Verzuge, so bedarf es der vorgängigen Androhung nicht.

Von der Vollziehung des Verkaufs hat der Verkäufer den Käufer, soweit es thunlich, sofort zu benachrichtigen; bei Unterlassung ist er zum Schadensersatze verpflichtet."

Für das Handelsrecht ist mithin Deposition und Selbsthülfeverkauf ohne Unterschied und Beschränkung wahlweise gestattet.

Wir haben oben bereits erwähnt, daſs diejenigen Objekte, bei welchen die Römer die Verkaufsselbsthülfe erwähnen, im wesentlichen die Natur von Handelsartikeln haben, somit als Waren d. h. nach Roscher zum Vertauschen bestimmte Güter in Betracht kommen. Solche Güter aber sind vor allen Dingen an den Kreis der Mobilien gebunden. In der That ist, wenn eine unbewegliche Sache den Gegenstand der Obligation bildet, die Verkaufsselbsthülfe ein durchaus ungeeigneter Rechtsbehelf. Bereits die Römer weisen darauf hin, daſs der Verkauf unter möglichster Schonung der Gläubigerinteressen zu erfolgen habe, d. h. so, daſs der zu erzielende Kauferlös, welcher an Stelle der Ware tritt, dem wahren Wert der Sache möglichst gleichkomme. Es ist aber unverkennbar, daſs durch einen Verkauf, welcher nicht durch wirtschaftliche Rücksichten veranlaſst wird, sondern auf der Absicht beruht, ein Obligationsverhältnis unter allen Umständen zur Lösung zu bringen, einen Verkauf à tout prix, sich gerade bei Immobilien häufig nicht derjenige Erlös erzielen lassen wird, welcher dem wahren Werte des Objekts und den Interessen des Gläubigers entspricht. Demgemäſs gestattet das moderne Recht diesen Rechtsbehelf nur bei beweglichen Sachen.

Hinsichtlich des bei der Verkaufsselbsthülfe einzuschlagenden Verfahrens erfordert die Praxis des gemeinen Rechts nichts anderes als eine vorherige Denunziation des Schuldners an den Gläubiger. Sie erheischt insbesondere weder gerichtliche Autorisation noch gerichtlichen oder sonst öffentlichen Verkauf[1]). Die Notwendigkeit der Denunziation wird aus der analogen Anwendung der diesbezüglich in l. 1 § 3 D. 18, 6 für die Preisgebung getroffenen Bestimmung abgeleitet und nur in dem Falle nicht für vorliegend erachtet, „wenn dies vereinbart ist, oder wenn die Beschaffenheit der Ware und Gefahr im Verzuge eine schleunige Disposition über die Ware gebieten" [2]). Im übrigen wird als Grundprinzip des gemeinen Rechts in der Entscheidung des vormaligen Oberappellationsgerichts zu Lübeck vom 27. September 1845[3]) die Erzielung eines möglichst hohen Preises hingestellt.

Demgegenüber suchen die modernen Partikularrechte weitere Kautelen für Wahrung der durch den aufserordentlichen Rechtsbehelf des Selbsthülfeverkaufs bedrohten Gläubigerinteressen zu schaffen, indem sie teils, wie das preufsische Recht in § 218 A.L.R. I. 11, gerichtliche Versteigerung auf Grund zu beantragender gerichtlicher Anordnung oder auch nur gerichtlicher Bewilligung (so Schweizer Obligationengesetz Art. 108) verlangen, oder, wie die bereits mehrfach erwähnten modernen Partikularrechtsentwürfe, öffentliche Versteigerung vorschreiben. Dieses letzere Erfordernis erscheint im sächsischen bürgerlichen Gesetzbuch in den §§ 757. 483 insoweit abgeschwächt, als Handelswaren durch verpflichtete Mäkler um

1) Vgl. die Entsch. bei Seuffert, Archiv Bd. 5 Nr. 156, Bd. 8 Nr. 351, Bd. 11 Nr. 231, Bd. 14 Nr. 122, Bd. 16 Nr. 25.

2) Seuffert, Archiv Bd. 16 Nr. 25.

3) Seuffert, Archiv Bd. 8 Nr. 351.

den gangbaren Marktpreis aus freier Hand verkauft werden können. Auf diesem Standpunkt steht auch das Handelsgesetzbuch in Art. 343 cit., indem es, wenn die Ware einen Börsenpreis oder einen Marktpreis hat, auch den nicht-öffentlichen Verkauf derselben durch einen Handelsmäkler und in dessen Ermangelung durch einen zu Versteigerungen befugten Beamten zum laufenden Preise gestattet.

Dafs die über die zu beobachtende Art und Weise des Selbsthülfeverkaufs getroffenen gesetzlichen Bestimmungen den Zweck von Kautelen zur Wahrung der Gläubigerinteressen haben, geht unzweideutig aus den diesbezüglichen Verhandlungen der Kommission für das Handelsgesetzbuch hervor[1]). Unter diesen Umständen aber mufs notwendigerweise die gesetzliche Ordnung beobachtet sein, damit der Gläubiger gehalten sei, den Verkauf der Sache gegen sich gelten zu lassen. Wenngleich das Reichsoberhandelsgericht nachgelassen hat, dafs die Vorschriften des Art. 343 H.G.B. durch Vertrag zwischen dem Verkäufer und dem säumigen Käufer abgeändert werden dürfen[2]), so hat dieser Gerichtshof im übrigen in konstanter Praxis daran festgehalten, dafs die Beobachtung der Bestimmungen des Art. 343 H.G.B. mangels abweichender Vertragsabrede für die Rechtsgültigkeit des Verkaufs dem morosen Käufer gegenüber erheblich ist, und dieser Praxis hat das Reichsgericht sich angeschlossen[3]). Es entspricht

---

1) Prot. S. 624—630. 1374.

2) R.O.H.G. Entsch. Bd. 19 S. 92, 20 S. 24; Seuffert, Archiv Bd. 35 Nr. 236; vgl. auch Bolze, Rechtsspr. des Reichsgerichts I Nr. 1082.

3) Seuffert, Archiv Bd. 28 Nr. 25 und 32 Nr. 336 und die dort citierten Entscheidungen: R.O.H.G. Entsch. Bd. 7 S. 407. 408, Bd. 8 S. 103. 104. 262, Bd. 12 S. 176, Bd. 13 S. 58. 60, Bd. 14 S. 292. 330, Bd. 16 S. 94. Vgl. auch Entsch. des vorm. Appellationsgerichts zu Celle

auch sowohl dem Wortlaut als dem Sinne des Gesetzes, wenn die Praxis einen nicht formgerechten Verkauf selbst unter der Voraussetzung nicht gelten lassen will, dafs ein höherer Preis erzielt worden ist, als dies bei Beobachtung der gesetzlichen Formen der Fall gewesen wäre, oder dafs der Käufer das mangelhafte Verfahren mitangesehen, aber nicht gerügt, oder dafs er sogar sich durch Mitbieten beteiligt hat[1]).

Das Detail der Lehre vom Selbsthülfeverkauf ist insbesondere im Anschlusse an den Artikel 343 des Handelsgesetzbuchs in den in den bekannten Sammlungen vereinigten Entscheidungen der höchsten Gerichtshöfe, namentlich des Reichsoberhandelsgerichts, bis in alle Einzelheiten eingehend entwickelt worden. Ein Eingehen auf alle diese Einzelheiten[2]) entspricht den Zwecken dieser Arbeit nicht und darf daher abgelehnt werden, immerhin ist eine Frage aus dieser Materie von allgemeinerer juristischer Bedeutung, so dafs ihre Erörterung an dieser Stelle geboten erscheint.

Es fragt sich, ob der den Selbsthülfeverkauf veranlassende Schuldner hierbei als Käufer aufzutreten befugt ist, bezw. wie die als gegeben anzunehmende Befugnis theoretisch zu begründen ist. Das Gesetz unterscheidet zwischen öffentlichem und nicht-öffentlichem Verkauf des Leistungsobjekts. Bei öffentlichem Verkauf mitzubieten, hat die Judikatur dem Schuldner (Verkäufer) stets gestattet[3]), und es läfst sich nicht

---

bei Seuffert, Archiv Bd. 26 Nr. 166 und Striethorst, Arch. Bd. 54 S. 229 und 281, sowie R.G. Bd. 5 S. 96 und R.G.Annalen Bd. 4 S. 486.

1) R.O.H.G. Bd. 19 S. 92, Bd. 20 S. 24; R.G. in Gruchots Beitr. Bd. 28 S. 1066.

2) Eine gute Zusammenstellung der Judikatur bei Schmidt-Scharff, Wirkungen der mora accipiendi des Käufers (Göttinger Inaugural-Dissertation) §§ 14—20 und Staub, Kommentar z. H.G.B. §§ 12 ff. zu Art. 343.

3) Vgl. Entscheid. des vorm. Appellationsgerichts zu Celle vom 17. Dezember 1870 bei Seuffert, Archiv Bd. 25 Nr. 60; ferner Striethorst, Archiv Bd. 75 S. 347; R.O.H.G. Bd. 4 S. 20; R.G. Bd. 5 S. 58.

leugnen, dafs die Gewährung dieser Befugnis vom Standpunkt einer den praktischen Bedürfnissen entsprechenden Gesetzesinterpretation aus durchaus empfehlenswert erscheint. Der Art. 343 H.G.B. stellt dem Schuldner Niederlegung der Ware und Selbsthülfeverkauf als die einzigen Mittel, sich von der im Falle des Abnahmeverzuges a priori fortdauernden Verwahrungspflicht zu befreien, zur Verfügung. Damit ist jeder andere Weg ausgeschlossen[1]). Nun ist aber, worauf insbesondere das Reichsgericht (a. a. O.) zutreffend hinweist, an sich keineswegs unter allen Umständen und immer die Möglichkeit gegeben, entweder die Sache bei einem Dritten auf Kosten des Käufers niederzulegen oder dieselbe an einen Dritten zu verkaufen. Demgemäfs würde der Verkäufer, sofern man ihm das Recht, bei öffentlichem Verkauf der Sache mitzubieten, absprechen wollte, häufig genug in eine Lage versetzt sein, bei welcher er aufser Stande wäre, von den ihm in Art. 343 H.G.B. gewährten Rechtswohlthaten Gebrauch zu machen. Hieraus aber ergäbe sich mit Notwendigkeit die Perpetuation der Verwahrungspflicht des Schuldners infolge von Annahmeverzug auf seiten des Gläubigers, ein Resultat, welches mit den „das Verhältnis zwischen dem Verkäufer und dem säumigen Käufer in beiderseitigem Interesse und den wirtschaftlichen Bedürfnissen entsprechend zu regeln“ bezweckenden Bestimmungen des Art. 343 H.G.B. zu sehr in Widerspruch stände, als dafs es annehmbar wäre.

So sehr mithin die Annahme, dafs im Falle des Selbsthülfeverkaufs der Schuldner-Verkäufer mitbieten und die Sache erstehen darf, in praktischen Erwägungen ihre Begründung findet, so zweifelhaft ist die juristische Konstruktion dieses

---

1) R.O.H.G. Bd. 19 S. 91; R.G. 5 S. 62.

Satzes. Die Schwierigkeit besteht in der Frage, wie es zulässig sein kann, dafs eine und dieselbe Person zugleich Verkäufer und Ersteher, also Käufer sei, mithin mit sich selbst kontrahiere.

Unzweifelhaft zunächst reicht für die theoretische Fundierung des Mitbietungs- und Erstehungsrechts des Verkäufers die Erwägung nicht aus, dafs bei dem eigentümlich gestalteten Versteigerungsvorgang, wie er durch Art. 343 cit. vorgeschrieben ist, eine Verletzung der Interessen des säumigen Käufers ausgeschlossen sei, auch wenn die Versteigerung mit dem Zuschlag an den Verkäufer endet. Allerdings ist es richtig, dafs unter dem in Art. 343 H.G.B. bezeichneten öffentlichen Verkauf eine öffentliche Versteigerung durch dazu befugte Behörden, resp. Beamte oder amtlich bestellte Personen in denjenigen Formen, welche für derartige Versteigerungen gesetzlich vorgeschrieben sind oder ortsüblich gelten, zu verstehen ist[1]). Diese Sachlage in Verbindung mit der Thatsache, dafs es auch jedenfalls einer öffentlichen Bekanntmachung des Verkaufstermins, welche rechtzeitig, d. h. so bemessen sein mufs, dafs die Frist bis zum Verkauf für den säumigen Käufer ausreicht, Mafsregeln zur Abwehr von Schaden zu treffen[2]), bedarf[3]), läfst freilich die Zulassung des Verkäufers zum Mitbieten im Versteigerungstermin als für die Interessen des Käufers durchaus unbedenklich erscheinen. Aber diese Erwägung ist eine im wesentlichen praktische. Denn die Auffassung[4]), dafs ein Verkauf einer Person an sich selbst zulässig sei, sofern nur durch die Ge-

1) Vgl. R.O.H.G. Bd. 8 S. 202, Bd. 14 S. 330, Bd. 20 S. 23; R.O.H.G. bei Seuffert Bd. 30 Nr. 168; R.G. ibid. Bd. 37 Nr. 138.

2) R.O.H.G. Bd. 19 S. 293.

3) R.O.H.G. Bd. 16 S. 92—93; Seufferts Archiv Bd. 31 Nr. 165.

4) Für dieselbe Schmidt-Scharff a. a. O. S. 59.

staltung des Verkaufsvorganges dafür gesorgt sei, dafs ein jedes der an sich notwendig divergierenden Interessen des Verkäufers und Käufers zur Geltung komme, ist sicher unrichtig und für die theoretische Konstruktion des Mitbietungsrechts des Verkäufer-Schuldners unverwendbar.

In anderer Weise sucht das Reichsgericht das in Rede stehende Problem zu lösen. Die Argumentation des höchsten Gerichtshofs[1]) unterscheidet in dieser Beziehung nicht zwischen dem regelmäfsigen Weg der öffentlichen Versteigerung und demjenigen des nicht-öffentlichen Verkaufs durch einen Handelsmäkler oder einen zu Versteigerungen befugten Beamten und geht dahin, dafs es vor allen Dingen darauf ankomme, dafs der den Umständen nach zu erwirkende höchste Preis für die Ware erreicht, dabei jede dieses Resultat möglicherweise gefährdende Einwirkung des Verkäufers ausgeschlossen, dem Käufer hingegen die Möglichkeit gewährt werde, nicht nur durch Abnahme der Ware das Versäumte nachzuholen, sondern auch im Unterlassungsfall doch seinerseits auf die Erreichung eines möglichst günstigen Verkaufsergebnisses hinzuarbeiten. Diese im Interesse des Käufers gegebenen Vorschriften bedingen jedoch, wie das Reichsgericht weiter ausführt, nicht sowohl, dafs die Ware um den möglichst hohen Preis verkauft werde, das Interesse des Gläubigers sei vielmehr hinreichend gewahrt, wenn hinreichend sicher festgestellt werde, dafs ein höherer Preis nicht habe erreicht werden können; diese Feststellung aber werde durch die besondere Einrichtung der vom Gesetz angeordneten Verkaufsarten ermöglicht, auch ohne dafs der Verkauf wirklich zur Ausführung komme. Demnach sei dem Sinne und Zweck des Gesetzes die Auffassung entsprechend, dafs nicht die

1) R.G. Bd. 5. S. 61.

Veräufserung der Ware, sondern die Vornahme einer Versteigerung oder das Ausbieten durch einen Handelsmäkler zum Zweck der Konstatierung des erreichbaren höchsten, bezw. eines angemessenen Gebotes vorgeschrieben sei, mit der Wirkung, dafs die dem Gebot entsprechende Barsumme anstatt der Ware Leistungsobjekt werde.

Es ist unverkennbar, dafs die Argumentation des Reichsgerichts für den regelmäfsigen Fall der öffentlichen Versteigerung der Ware etwas ungemein Bestechendes hat. Durch Eliminierung der Kategorie des Kaufs und Substituierung des Gedankens einer blofsen Feststellung des höchsten zu erreichenden Wertes ist das Bietungsrecht des durch Säumnis des Käufers bedrohten Verkäufers auf eine allgemeinen Rechtsprinzipien entsprechende und klare Grundlage gestellt. Auch reicht diese Grundlage offenbar für diejenigen hier in Betracht kommenden Thatbestände aus, bei welchen der Übergang des Eigentums der verkauften Ware an den Käufer noch nicht erfolgt ist. In derartigen Fällen — und um einen solchen handelte es sich in dem vom Reichsgericht beurteilten Thatbestand, Gegenstand des Geschäfts waren noch nicht geförderte Kohlen, — kann man füglich deducieren, dafs, da in Bezug auf das Objekt eine andere Rechtsveränderung nicht eintritt, als dafs dasselbe von dem das Recht der freien Disposition über die Ware hindernden Anspruch des Käufers frei wird, lediglich durch die Ausbietung der Ware derjenige Wert ermittelt wird, welcher an Stelle der Ware als Leistungsobjekt tritt. Anders verhält es sich dann, wenn der Übergang des Eigentums der Ware vom Verkäufer auf den Käufer bereits erfolgt ist, etwa sofort im Anschlufs an den Abschlufs des Kaufgeschäfts im Geschäftslokal des Verkäufers, und demnächst dennoch die Empfangnahme der Ware im Sinne des Art. 343 H.G.B. verweigert wird. Hier mufs

notwendigerweise, sofern der Verkäufer mitbieten darf und Meistbietender bleibt, an die Versteigerung sich eine über die obenbezeichnete Wirkung hinausgehende Rechtsfolge in Bezug auf die Ware anknüpfen. Das Meistgebot und der Zuschlag müssen den Rückübergang des Eigentums der Ware auf den Verkäufer zur Folge haben. Diese Folge aber ist mit der Auffassung, dafs die Versteigerung nur die Ermittelung des höchsten erreichbaren Wertes der Ware bewirke, unvereinbar. Es bleibt mithin nichts anderes übrig, als entweder anzunehmen, dafs bei bereits erfolgtem Eigentumsübergang der Ware das Mitbieten des Verkäufers ausgeschlossen sei, oder die Theorie des Reichsgerichts als eine die Fülle der rechtlichen Komplikationen nicht hinreichend deckende anzusehen. Die erstere Annahme begegnet nun offenbar allen denjenigen schwerwiegenden Bedenken, welche, wie oben ausgeführt, einer Beschränkung des dem Verkäufer in Art. 343 cit. allgemein gegebenen Rechts des Selbsthülfeverkaufs, wie immer geartet die Umstände des Falls sein mögen, entgegenstehen. Es ist offensichtlich, dafs, sofern die oben im Anschlufs an die Deduktion des Reichsgerichts wiedergegebenen Ausführungen überhaupt zutreffen, auch dann, wenn die Eigentumstradition bereits erfolgt ist, das Gesetz den Verkäufer nicht auf die Deposition der Ware oder den Verkauf derselben an einen Dritten verwiesen haben kann. Dazu kommt, dafs das Gesetz keinerlei Unterscheidung zwischen dem Fall des erfolgten Eigentumsübergangs und demjenigen, bei welchem sich die Ware noch im Eigentum des Verkäufers befindet, trifft, und sonach auch in der praktischen Anwendung des Art. 343 H.G.B. eine derartige Unterscheidung nicht Platz greifen kann. Dafs aber schliefslich die theoretische Konstruktion des als gegeben anzunehmenden Mitbietungsrechts des Verkäufers in beiden gedachten Fällen nicht eine ver-

schiedene sein kann, bedarf keiner näheren Ausführung. Wir werden uns daher dazu entschliefsen müssen, den vom Reichsgericht zur Erklärung des uns beschäftigenden Problems gewählten Gesichtspunkt abzulehnen.

Wie wir meinen, wird daran festzuhalten sein, dafs die öffentliche Versteigerung der Ware im Sinne des Art. 343 H.G.B. hier wie sonst den Charakter eines Verkaufs hat. Nur werden wir zwischen der formellen und materiellen Seite des zum Abschlufs gelangenden Kaufgeschäfts zu unterscheiden haben, eine Unterscheidung, welche überhaupt für die so mannigfach gestalteten Fälle öffentlicher Versteigerung, so insbesondere auch für die Subhastation von Grundstücken, behufs Lösung der noch immer nicht hinreichend geklärten Frage nach der rechtlichen Stellung der mitwirkenden Personen fruchtbringend sein dürfte. Wir meinen, dafs der — um bei dem Fall des Art. 343 zu bleiben — mit Bewirkung der öffentlichen Versteigerung beauftragte öffentliche Handelsmäkler oder Versteigerungsbeamte formell derjenige ist, welcher das Kaufgeschäft als Kontrahent mit dem Ersteher als Gegenkontrahenten thätigt. Unzweifelhaft allerdings steht der Versteigerungsbeamte zu dem in Bezug auf die Ware zur Leistung Verpflichteten, welcher ihm den Versteigerungsauftrag erteilt, insofern in einem Mandatsverhältnis, als dieser ihn zur Bewirkung der Versteigerung veranlafst, auch berechtigt ist, jederzeit den Versteigerungsauftrag zurückzunehmen, und dem Versteigerer gegenüber zu verlangen befugt ist, dafs dieser die Versteigerung in gehöriger, d. h. den Gesetzen oder der Ortssitte entsprechender Weise vornehme. Weiter aber geht das Auftragsverhältnis gegenüber dem Versteigerungsbeamten nicht. Insbesondere wird anzunehmen sein, dafs der die Versteigerung Veranlassende dem Versteigerer Weisungen hinsichtlich der Vornahme der Ver-

steigerung zu erteilen nicht berechtigt, der letztere derartige Weisungen entgegenzunehmen weder verpflichtet noch befugt ist. Vielmehr ist für den die öffentliche Versteigerung Bewirkenden allein mafsgebend, was das Gesetz oder die Ortssitte vorschreibt. Dementsprechend ist die Stellung des Versteigerers eine dem Verkäufer des ersten Kaufgeschäfts gegenüber durchaus selbständige, und die Wirksamkeit des letzteren darauf beschränkt, dafs er das Versteigerungsverfahren in Bewegung setzt. Es erscheint nun angemessen, bei dieser selbständigen, d. h. notwendigerweise an die Weisungen des Auftraggebers nicht gebundenen Wirksamkeit des Versteigerers anzunehmen, dafs dieser in seiner Person den Kaufvertrag abschliefst, indem er die Angebote entgegennimmt nnd den Zuschlag erteilt. Es bedarf keiner Ausführung, dafs aus der öffentlichen oder quasi-öffentlichen Stellung des Versteigerers ein Argument gegen diese Auffassung nicht abgeleitet werden kann. Es ist dies ebensowenig der Fall, als, wie wir oben gesehen haben, aus der Behördenqualität der preufsischen Hinterlegungsstellen geschlossen werden kann, dafs zwischen ihnen und dem Hinterleger ein civilrechtliches Rechtsverhältnis nicht entstehe.

Allerdings ist dem Versteigerer die Rechtsstellung des Verkäufers nur in dieser formellen Hinsicht eigen, aus welcher materielle Wirkungen nur insofern fliefsen, als er durch Erteilung des Zuschlages das Kaufgeschäft perficiert. Alle weiteren materiellen Wirkungen des Geschäfts (ädilitische Klagen, Anspruch wegen Verletzung über die Hälfte, Rücktrittsbefugnis des Verkäufers u. s. w.) können nicht zwischen ihm und dem Ersteher erwachsen. Für diese materiellen Wirkungen mufs derjenige, der das ganze Verfahren veranlafst hat, somit der Verkäufer des ersten Kaufgeschäfts als berechtigt und verpflichtet gedacht werden.

Denn da das ganze Verfahren, wenn auch der Einwirkungsmöglichkeit des Verkäufers entzogen, in ein für allemal statuierten festen Formen sich vollzieht, deren Anwendung amtliche Pflicht des Versteigerers, also von seinem Belieben unabhängig ist, so liegt die Sache, wenigstens was die bezeichneten materiellen Rechtsfolgen anbelangt, nicht anders, als wenn der Verkäufer die Versteigerung selbst vorgenommen hätte.

Stellt man sich auf diesen Standpunkt, so erscheint es völlig unbedenklich, den Verkäufer der Ware zum Mitbieten in der von ihm veranlaſsten öffentlichen Versteigerung zuzulassen; denn nach der hier vertretenen Auffassung schlieſst der die Ware erstehende Verkäufer nicht mit sich selbst das Kaufgeschäft ab, was offenbar unzulässig wäre, sondern mit dem, wenn auch von ihm in Bewegung gesetzten Versteigerer. Der Umstand, daſs, sofern der Eigentumsübergang auf den Käufer noch nicht erfolgt ist, der Verkäufer seine eigene Ware zu kaufen scheint, steht nicht entgegen. Denn Gegenstand des Geschäfts in dem vorausgesetzten Falle ist — ein Gesichtspunkt, den bereits das Reichsgericht in der in Rede stehenden Entscheidung berührt, — nicht sowohl die Ware selbst, als vielmehr das durch Abschluſs des ersten Kaufvertrages aufgegegebene Recht der freien Disposition über die Ware, welches dem Verkäufer mit der Substanz derselben gleichwertig ist. Unerheblich ist es schlieſslich, daſs, falls der Verkäufer des ersten Kaufgeschäfts in der Auktion die Ware ersteht, die obenbezeichneten weiteren materiellen Wirkungen des Kaufvertrages nicht zur Entstehung kommen können, da in Bezug auf sie, wie dargethan, Käufer und Verkäufer identisch sind. Denn diese Wirkungen gehören nicht zu den Essentialien des Geschäfts, können also fehlen, ohne daſs das Vorliegen eines Kaufvertrages in Frage gestellt wird.

Wenn es insoweit unbedenklich erscheint, bei öffentlichen Versteigerungen nach Art. 343 cit. den zum Leisten der Ware Verpflichteten zum Mitbieten zuzulassen, so verhält sich dies nicht ebenso, sofern der Verkäufer (des ersten Kaufgeschäfts) nicht den regelmäſsigen Weg der öffentlichen Versteigerung, sondern denjenigen des nichtöffentlichen Verkaufs, welcher unter gewissen Umständen in Art. 343 ebenfalls zugelassen ist, gewählt hat. Für den Begriff des nichtöffentlichen Verkaufs ist es wesentlich, daſs, wenn derselbe auch durch einen Handelsmäkler oder einen Versteigerungsbeamten bewirkt ist, alle diejenigen Vorschriften, mögen dieselben nun gesetzliche sein oder auf der Ortssitte beruhen, als zwingende cessieren, welche bei der öffentlichen Versteigerung notwendigerweise zu beobachten sind. Bei nichtöffentlichen Verkäufen veranlaſst der Verkäufer (des ersten Kaufgeschäfts) nicht nur das ganze Verfahren, sondern ist auch befugt, hinsichtlich der Formen und Modalitäten des Verkaufs dem Beauftragten bindende Weisungen zu geben. Er ist es mithin, der nicht nur materiell, sondern auch formell als der eigentliche Verkäufer anzusehen ist. Das Handelsgesetzbuch hebt diesen Umstand selbst hervor, indem es den Verkäufer für befugt erklärt, durch öffentliche Versteigerung die Ware „verkaufen zu lassen", dagegen ausspricht, daſs der Verkäufer befugt sei, wenn die Ware einen Börsenpreis oder einen Marktpreis hat, den Verkauf auch nichtöffentlich durch einen Handelsmäkler oder einen zu Versteigerungen befugten Beamten zu bewirken[1]. Im Falle des nichtöffentlichen Verkaufs nach Art. 343 ist mithin der Verkäufer des ersten Kaufgeschäfts auch eigentlicher Verkäufer hinsichtlich des zweiten. Es kann daher dem Reichsgericht nicht beigetreten werden, wenn es auch

1) Vgl. Staub, Kommentar § 6 zu Art. 311.

dann, wenn der Verkäufer den letzterwähnten Weg wählt, an ein Gebot desselben rechtliche Folgen geknüpft wissen will. Für den zuletzt besprochenen Fall ist daher die Auffassung KOHLERS[1]), dafs dem distrahierenden Schuldner als Selbstkäufer aufzutreten verwehrt sei, zutreffend, wenngleich der Ansicht KOHLERS hinsichtlich desjenigen Weges der Verkaufsselbsthülfe, welcher in Art. 343 als der regelmäfsige angeordnet ist, nicht zugestimmt werden kann.

Die Deduktion KOHLERS basiert auf der Erwägung, dafs das Recht der Verkaufsselbsthülfe teils aus dem Eigentum des Verkäufers, teils aus der ihm vom Recht beigelegten, der Rechtsmacht des Pfandgläubigers entsprechenden Befugnis über eines Dritten Vermögen im eigenen Interesse zu verfügen fliefse; den hieraus abgeleiteten Schlufs, dafs dem Verkäufer-Schuldner als Selbstkäufer aufzutreten nicht gestattet sei, stützt KOHLER durch Bezugnahme auf die bekannte, das Erstehen der Pfandsache durch den Pfandgläubiger verbietende c. 10 C. de dist. pign. Sofern die KOHLERsche Ansicht, was nicht ausdrücklich hervorgehoben ist, auch auf diejenigen Thatbestände, für welche Art. 343 Bestimmung trifft, sich bezieht, ist ihr zum Vorwurf zu machen, dafs sie verkennt, wie Art. 343 vor allem aus sich selbst verstanden werden mufs und für die im Handelsgesetzbuch geordneten Rechtsverhältnisse mit Ausschlufs der für das Civilrecht geltenden Bestimmungen und Prinzipien mafsgeblich ist, und diese Erwägung reicht aus, um es begründet erscheinen zu lassen, die KOHLERsche Auffassung, soweit das Handelsrecht in Frage kommt, nur mit den angegebenen wesentlichen Beschränkungen zu acceptieren. Allerdings sind insbesondere in der Praxis Zweifel über das Verhältnis des Art. 343 zu den Normen und

1) a. a. O. S. 346.

Prinzipien des Civilrechts hervorgetreten, ein Punkt, der hier noch in Kürze besprochen werden mag. In der Entscheidung des Reichsoberhandelsgerichts vom 1. November 1872[1]) wird in freilich dubitativer Form der Gedanke zum Ausdruck gebracht, dafs gegenüber den weitergehenden hinsichtlich der Verkaufsselbsthülfe gegebenen Befugnissen des gemeinen Rechts — dieselben bestehen insbesondere in dem Nichterfordernis eines öffentlichen Verkaufs — die Beschränkungen des Art. 343 für das Geltungsgebiet desselben keine Anwendung finden können. Allein nach Art. 1 H.G.B. sind für Handelssachen in erster Linie die Bestimmungen des Handelsgesetzbuchs mafsgebend, und es ist unzweifelhaft, dafs Kauf- und Verkaufsgeschäfte im Sinne des Art. 343 cit. zu den Handelssachen[2]) gehören. Hieraus ergiebt sich mit Notwendigkeit, dafs Art. 343 hinsichtlich des Handelsrechts für sämtliche Rechtsgebiete die Verkaufsselbsthülfe einheitlich normiert. In diesem Sinne hat denn auch das Reichsoberhandelsgerichts in Bd. 14 S. 291 und Bd. 19 S. 340 seiner Entscheidungen erkannt.

---

1) Seuffert, Archiv Bd. 28 Nr. 52.

2) Vgl. über diesen Begriff Art. 2 des preufs. E.G. zum H.G.B. vom 24. Juni 1861.

Zweites Kapitel.

Andere Wirkungen.

§ 7.

Im Vorstehenden sind wir zu folgenden Resultaten gelangt:

Der Gläubigerverzug hat eine Perpetuation der dem Schuldner lästigen Wirkungen der Obligation und damit eine Erschwerung derselben im Gefolge. Um dem Schuldner Schutz gegen diese Perpetuation und diese Erschwerung der Verbindlichkeit zu gewähren, reicht das Recht ihm die Behelfe der Preisgebung des Leistungsobjekts, der Hinterlegung desselben und des Selbsthülfeverkaufs dar. Durch Anwendung eines dieser Rechtsbehelfe wird der Schuldner von der fortdauernden custodia-Pflicht und damit von der für ihn lästigsten Folge der Fortdauer des obligatorischen Bandes befreit. Denn indem das Recht dem Schuldner gestattet, im Falle von Gläubigerverzug sich der fortdauernden Detention bezw. des Besitzes des Schuldgegenstandes zu entschlagen, ohne dafs der Schuldner einen wie immer gearteten Anspruch des morosen Gläubigers zu fürchten hat, gewährt es ihm auch ohne eine der Obligation entsprechende Lösung des obligatorischen Bandes die volle bis dahin gebunden gewesene

Herrschaft über seine wirtschaftlichen Güter und Kräfte zurück.

Es darf behauptet werden, dafs, wenn das Recht, sofern nur überhaupt die Voraussetzungen des Gläubigerverzuges vorliegen, dem Schuldner ohne weiteres gestattet, sich der weiteren Fürsorge für das Objekt zu entledigen, wenn es sonach unter der gedachten Voraussetzung die Aufhebung der custodia-Pflicht prinzipiell nur von dem Willen des Schuldners abhängig macht, es, ohne mit sich selbst in Widerspruch zu treten, beim Vorliegen jener Voraussetzungen die Haftungspflicht des Schuldners in unbeschränktem Mafse und ganz allgemein nicht bis zu dem Momente fortdauern lassen kann, in welchem der Schuldner wirklich sich mittels eines jener oben geschilderten der Aufhebung der custodia-Pflicht dienenden Rechtsbehelfe befreit. Andererseits — und hierauf macht KOHLER[1]) zutreffend aufmerksam — wird die Anwendung eines jener Rechtsbehelfe gegen den Gläubigerverzug, wiewohl prinzipiell keine andere Voraussetzung derselben als der Wille des Schuldners besteht, in der Ausführung vielfach Hemmnisse in Umständen erfahren, die vom Willen des Schuldners unabhängig sind. Die besonders im früheren Recht der Römer wohl manchmal hervorgetretene Schwierigkeit, eine zur Annahme des zu deponierenden Leistungsobjekts geeignete und gewillte Stelle zu ermitteln, ferner Schwierigkeiten, welche in der Organisation des modernen Depositalverfahrens liegen, die vielfachen notwendigen Vorbereitungen des Verfahrens der Verkaufsselbsthülfe, insbesondere die vorher erforderlichen Publikationen bereiteten, bezw. bereiten der Hinterlegung des Leistungsobjekts und der sofortigen Ausführung der Verkaufsselbsthülfe Hemmnisse, welche für

1) S. 375—376.

den Schuldner in einem so hohen Grade nachteilig sein können, daſs das objektive Recht denselben Rechnung tragen muſs. Es wäre geradezu unerträglich, die Laxation der Schuldnerverpflichtungen durch objektiv vom Schuldner nicht ohne weiteres zu beseitigende Thatsachen, welche der Anwendung der vom Gesetz voraussetzungslos gegebenen Befreiungsmittel entgegenstehen, aufhalten zu lassen, und es darf als ein Postulat einer jeden Gesetzgebungspolitik bezeichnet werden, an dieser Stelle helfend und mildernd einzugreifen.

Die Römer haben demgemäſs die Haftung des Schuldners im Falle des Gläubigerverzuges auf die engen Grenzen des dolus und der diesem gleichgestellten culpa lata beschränkt. Es ist unverkennbar, daſs diese Reduktion der Haftung der Billigkeit durchaus entspricht, soweit derjenige Zeitraum in Frage kommt, welcher notwendigerweise zwischen dem Annahmeverzug und der Deposition bezw. der Vornahme des Selbsthülfeverkaufs liegt. Denn wenn, wie unbestreitbar, die Umstände eine gewisse Zeitdifferenz zwischen dem Eintritt der mora creditoris und dem Selbstbefreiungsakte des Schuldners unvermeidlich erscheinen lassen, so darf doch diese Zeitdifferenz dem Schuldner unter keinen Umständen nachteilig sein. Auch ist das angegebene Prinzip der Reduktion der Haftung, wie KOHLER [1]) zutreffend hervorhebt, unter einer Gesetzgebung, welche die Preisgebung des Leistungsobjekts bedingungslos gestattet bezw. gestatten würde, offenbar ohne weitere Voraussetzungen gerechtfertigt. Denn in der That hat der Gläubiger nur Veranlassung, mir dankbar zu sein, „wenn ich den Wein im alten schadhaften Faſs liegen lasse, und dabei ein paar Liter auslaufen,“ anstatt daſs ich das

1) S. 398—399.

Faſs einschlage und den Wein auslaufen lasse. Es ergeben sich jedoch Zweifel, sofern das positive Recht die Preisgebung des Leistungsobjekts entweder überhaupt nicht gestattet oder doch bloſs mit wesentlichen Beschränkungen und nur im Notfalle zuläſst. Wir haben bereits ausgesprochen, daſs, wenn das Recht bei sonst gegebenen Voraussetzungen des Gläubigerverzuges die Aufhebung der custodia-Pflicht prinzipiell allein in den Willen des Schuldners stellt, es, ohne mit sich selbst in Widerspruch zu treten, die allgemeine unbeschränkte Haftung des Schuldners nicht bis zur Setzung des Selbstbefreiungsaktes fortdauern lassen kann. Es fragt sich jedoch, ob nicht andererseits diesem Prinzip, nach welchem die mora creditoris einer Setzung des Selbstbefreiungsaktes in der gedachten Hinsicht gleichzustellen wäre, gewisse Grenzen anzuweisen sind. Es ist doch unverkennbar, daſs die Hinterlegung des Obligationsgegenstandes, indem sie einerseits den Schuldner der custodia-Pflicht, wieweit dieselbe immer gehen mag oder wie eng auch ihre Grenzen sein mögen, überhebt, so auch andererseits für den Gläubiger eine nicht gering zu veranschlagende Sicherung seiner Interessen im Gefolge hat; und ebenso gewährt die Verkaufsselbsthülfe dem Gläubiger zwar nicht das Objekt selbst, aber doch immerhin statt desselben ein aliud, welches dem Gläubiger häufig nicht minder wertvoll sein wird, nämlich den wirtschaftlichen Wert der Sache. Kann es unter diesen Umständen, wenn, wie z. B. im gemeinen Recht, die Preisgebung des Leistungsgegenstandes dem Schuldner nur als äuſserster Notbehelf gewährt ist, dem Schuldner gestattet sein, die bis zu einem gewissen Grade auch die Interessen des Gläubigers wahrenden Rechtsbehelfe der Deposition und des Selbsthülfeverkaufs unbenutzt zu lassen und sich statt dessen mit einer in die Interessensphäre

des andern Teils offenbar tief eingreifenden Reduktion seiner Haftungspflicht zu begnügen?

Andererseits jedoch darf nicht aufser acht gelassen werden, dafs, wenn man unter einer Gesetzgebung, welche die Aussetzung des Leistungsobjekts nicht gestattet, in jedem Falle des Annahmeverzuges die Hinterlegung oder den Selbsthülfeverkauf des Obligationsgegenstandes verlangen wollte, man damit Ansprüche an den leistungsbereiten Schuldner stellen würde, welche mit dem Prinzip, denselben gegen die aus dem Gläubigerverzug resultierenden nachteiligen Folgen zu schützen, nicht in Einklang stehen dürften. Die Discrepanz zwischen dem dieser Lehre zu Grunde liegenden Prinzip und den an den Schuldner bei der vorausgesetzten Regelung der Frage zu stellenden Anforderungen ist aber um so gröfser, je komplizierter das Verfahren ist, welches die Gesetzgebung für Deposition und Verkaufsselbsthülfe vorschreibt. Unter diesen Umständen werden wir aus allgemeinen Prinzipien eine Entscheidung der uns hier beschäftigenden Frage nicht gewinnen können, diese Entscheidung vielmehr lediglich in den Bestimmungen des positiven Rechts selbst suchen müssen.

Die Römer sprechen nirgends den Satz aus, dafs es Pflicht des Schuldners sei, durch Deposition resp. Verkaufsselbsthülfe im Falle der mora creditoris einen zugleich die Interessen des Gläubigers wahrenden Weg zu seiner Befreiung zu betreten. Will man auch auf die Worte des Paulus in l. 5 D. 18, 6:

> Si per emtorem steterit, quominus ad diem vinum tolleret, postea, nisi quod dolo malo venditoris interceptum esset, non debet ab eo praestari

und auf die Auslassung des Julianus in l. 84 § 3 D. de leg. I., welche den Annahmeverzug des Legatars dem Testaments-

erben gegenüber in einem der Paulinischen Entscheidung entsprechenden Sinne behandelt, entscheidendes Gewicht nicht legen, da PAULUS und JULIANUS, wie wir wissen, in l. l. 13 und 14 D. 18, 6 das Preisgebungsrecht gewähren, ohne Beschränkungen hinzuzufügen, so statuieren doch auch andere römische Juristen im Falle des Annahmeverzuges die in Rede stehende Reduktion der Haftung des Schuldners ohne Beschränkung.

So bemerkt POMPONIUS, welcher in der oben citierten l. 8 D. 33, 6 die Preisgebung des Leistungsobjekts als für den Schuldner gefährlich bezeichnet, in l. 18 (17) D. 18, 6 ganz allgemein:

> Illud sciendum est, cum moram emtor adhibere coepit, jam non culpam, sed dolum malum tantum praestandum a venditore . . . .,

eine Anschauung, welcher derselbe Jurist in Bezug auf ein anderes Rechtsverhältnis in l. 9 D. 24, 3 Ausdruck giebt.

Ähnlich MARCELLUS in l. 72 D. 46, 3:

> Qui decem debet, si ea obtulerit creditori et ille sine justa causa ea accipere recusavit, deinde debitor ea *sine sua culpa* perdiderit, doli mali exceptione potest se tueri, quamquam aliquando interpellatus non solverit: et enim non est aequum teneri pecunia amissa, quia non teneretur, si creditor accipere voluisset.

Ob resp. welche Bedeutung in der letzterwähnten Stelle den Worten: sine justa causa zukommt, wird im weiteren Verlauf unserer Darstellung erörtert werden. Für die hier besprochene Reduktion der Schuldnerhaftung im Gegensatz zu den übrigen Wirkungen des Annahmeverzuges sind sie jedenfalls ohne Bedeutung.

Auf Grund dieser Quellenzeugnisse gelangen wir denn für das römische und das gemeine Recht zu dem Satze, daſs der

Gläubigerverzug die Haftung des erfüllungsbereiten Schuldners auf das Mafs von dolus und der der Arglist gleichgestellten culpa lata zurückführt, ohne dafs das Gesetz den Schuldner zu einer Sicherstellung des Gläubigers auf dem Wege der Deposition oder des Selbsthülfeverkaufes nötigt[1]). Von den modernen Legislationen seien hier das Preufsische allgem. Landrecht I. 11 §§ 98 u. 939 und das sächsische bürgerl. Gesetzbuch § 750 erwähnt, welche beide in der besprochenen Frage durchaus auf dem Boden des gemeinen Rechts stehen, ebenso wie die mehrfach erwähnten Partikularrechtsentwürfe[2]). Das gleiche nimmt die Doktrin des österreichischen Rechts im Anschlufs an § 1419 a. b. G. B. an[3]). Dafs das bestehende positive Recht im allgemeinen die oben dargelegten Gläubigerinteressen hinter dem Anspruch des Schuldners auf Befreiung hintanstellt, werden wir nach Vorstehendem für die hier besprochene Frage annehmen müssen[4]).

Wird nach Vorstehendem im Falle des Gläubigerverzuges die Haftung des Schuldner auf das Mafs von dolus und culpa lata zurückgeführt, dem Schuldner also die Vertretung mäfsigen Versehens abgenommen, so kann dementsprechend auch dem Schuldner unmöglich die Haftung für die Gefahr der Sache nach Eintritt des Gläubigerverzuges zur Last fallen, und kann es in dieser Hinsicht keinen Unterschied machen, ob ein etwa eintretender Zufall den Untergang des Objekts oder nur ihre

---

1) Vgl. Dernburg, Pand. II S. 118; Windscheid, Pand. II § 346; Madai, Lehre von der mora S. 459; Mommsen a. a. O. S. 285—286.

2) Hess. Entw. Art. 251 Abs. 2; bayr. Entw. Art. 134 Abs. 3; Dresdner Entw. Art. 325.

3) Vgl. Unger S. 127 u. Schey a. a. O. S. 121 ffg.

4) Das schweizerische Bundesgesetz über das Obligationsrecht gestattet dem Schuldner nur Deposition, eventuell Selbsthülfeverkauf. Verminderte Haftung des Schuldners findet nicht statt; vgl. Motive z. Entw. eines b. G.B. für das Deutsche Reich II S. 74.

Verschlechterung herbeiführt. Über den Weg, auf welchem die Erklärung des sonach im Falle des Gläubigerverzuges eintretenden Überganges des periculum vom Schuldner auf den Gläubiger zu gewinnen ist, stimmen die Meinungen der Schriftsteller nicht durchaus überein. Während die meisten, wie WINDSCHEID [1]) und BRINZ [2]), den eben dargestellten Zusammenhang zwischen der Reduktion der Haftung des Schuldners auf dolus und culpa lata und dem Gefahrübergang betonen, stellt SCHEY [3]) auf einen Anspruch des Schuldners wegen verzögerter Liberierung ab. Er legt dem Schuldner dem sich auf die fortbestehende obligationsmäſsige Haftung desselben berufenden Gläubiger gegenüber folgende Argumentation in den Mund: Allerdings habe ich auf Grund der Obligation den Zufall zu tragen, und meine obligatio besteht noch; daſs sie aber immer noch besteht, das ist Deine Schuld. Hättest Du die Erfüllung nicht verzögert, so wäre ich frei und hätte keinen Zufall mehr zu fürchten gehabt. D a für hast D u mir einzustehen. Das Interesse aber, welches Du mir demgemäſs zu prästieren hast, ist genau gleich dem Interesse, welches Du an meiner Haftung für jenen casus hast. So einleuchtend diese Deduktion auf den ersten Blick erscheinen mag, so meinen wir doch, daſs das Interesse des Gläubigers an der Leistung des Schuldners, beziehungsweise an der Haftung desselben für culpa levis nur dann mit dem Interesse des Schuldners an der Liberierung durch den Gläubiger verglichen und in der von SCHEY beliebten Weise das eine Interesse mit dem andern gleichsam kompensiert werden kann, wenn ein rechtlicher Anspruch des Schuldners gegenüber dem

---

1) a. a. O. § 346 Nr. 1.

2) Pand. II S. 309.

3) a. a. O. S. 127.

Gläubiger auf Liberierung in ähnlicher Weise, wie ein solcher dem Gläubiger auf Leistung unzweifelhaft zusteht, begründet ist, wobei allerdings nicht soweit gegangen zu werden braucht, dafs der bezeichnete Liberierungsanspruch auf dem Klagewege durchzusetzen sein mufs. Ein Anspruch auf Liberierung, wie ihn SCHEY konstruiert, setzt notwendig ein Recht des Schuldners auf Abnahme und eine Pflicht des Gläubigers zur Abnahme voraus. Eine solche rechtliche Pflicht des Gläubigers und ein solches Recht des Schuldners aber besteht im allgemeinen nicht, und auch SCHEY verwirft die Auffassung, dafs der Gläubiger zur Abnahme des Leistungsobjekts rechtlich verpflichtet, der Schuldner die Abnahme des Leistungsobjekts zu verlangen berechtigt sei, durchaus[1]). Es kann daher diesem Schrifsteller der Vorwurf nicht erspart werden, in der angegebenen Beziehung mit den Grundlagen seiner Theorie über den Gläubigerverzug in Widerspruch geraten zu sein, wobei kaum noch ausdrücklich darauf hingewiesen zu werden braucht, dafs selbstverständlich das Interesse, welches der Schuldner nach der durchaus zutreffenden Ansicht dieses Autors an der Liberierung hat, mit dem von ihm supponierten Anspruch des Schuldners auf das Interesse wegen verzögerter Liberierung durchaus nichts zu thun hat.

Wir werden nicht fehl gehen, wenn wir annehmen, dafs es hier wie sonst am wenigsten die künstlichen Konstruktionen sind, welche zum Ziele führen. Die Römer selbst haben hinreichend verständlich auf das hier gültige Prinzip hingewiesen, indem sie gegenüber einem Anspruche des Gläubigers wegen des nach eingetretener mora creditoris kasuell untergegangenen Leistungsgegenstandes dem Schuldner

---

1) Vgl. S. 27 ff.

eine exceptio doli gewähren[1]), und zwar aus dem Grunde, der in den Worten der l. 72 pr. D. 46, 3 wiedergegeben ist:

> etenim non est aequum teneri (debitorem) pecunia amissa, quia non teneretur, si creditor accipere voluisset.

Hat der Schuldner gethan, was er obligationsmäſsig zu thun verpflichtet war, und hat er dennoch nicht die Obligation zu dem ihr naturgemäſsen Ende, der Erfüllung, führen können, so nimmt ihm das Recht alle weitere über dolus und culpa lata hinausgehende Haftung ab, indem es ihn nicht nur von der Pflicht der Vertretung mäſsigen Versehens befreit, sondern auch die Gefahr der Sache auf den säumigen Gläubiger überträgt. Denn wenngleich an sich trotz Gläubigerverzuges die obligatio fortbesteht, so erscheint es doch unbillig, dem Schuldner die Haftung für die vom Gläubiger nicht angenommene und demnächst untergegangene Sache aufzubürden. Es ist daher durchaus zutreffend und erschöpfend, wenn Brinz[2]) als Wirkung der mora creditoris in dieser Hinsicht Befreiung des Schuldners statuiert, „indem sie dessen etwaige Haftung für omnis culpa auf Prästation von dolus und lata culpa reduziert, ihn umsomehr der kasuellen Gefahr des offerierten Gegenstandes . . . enthebt“.

Der Gefahrübergang hat bei einseitigen Obligationen die Wirkung, daſs bei kasuellem Untergang der Sache der Schuldner von der Leistungspflicht frei wird und bei Deterioration des Objektes nur den verschlechterten Gegenstand zu leisten verpflichtet ist, sofern der Gläubiger nicht bereits vorher das periculum zu tragen gesetzlich verbunden ist. Regelmäſsig trägt nun allerdings bei einseitigen Obligationen der Gläubiger den Zufall. Nur bei generischen und alternativen

---

1) Vgl. l. 84 § 3 D. 30; l. 6 D. 44, 4; l. 73 § 2 D. 45, 1.

2) Pand. II S. 309.

Obligationen hat an sich der Schuldner bis zur Erfüllung das periculum zu tragen. Hier ist dann der Ort, wo die mora creditoris zur speziellen Geltung kommt. Der Gläubigerverzug hat aber, wie die Leistung selbst, die Wirkung, daſs die Gefahr sich auf ein bestimmtes Objekt konzentriert, denn dieses wird infolge des Gläubigerverzuges bezw. der fruchtlosen Oblation zu dem eigentlichen Gegenstande der Obligation, m. a. W.: durch die mora creditoris verwandelt sich die generische oder alternative Obligation in eine solche auf Leistung einer bestimmten species[1]). Sofern nun aus einem genus die zu leistende Sache durch Ausscheidung individualisiert oder von mehreren Objekten, von welchen ein einzelnes zu prästieren ist, der Leistungsgegenstand durch Ausscheidung bereits bestimmt ist, und demnächst nach eingetretener mora creditoris die Sache Untergang oder Verschlechterung trifft, wird der Schuldner von seiner Verbindlichkeit insoweit frei. In allen diesen Fällen hat sonach die mora creditoris wenigstens mittelbar den Übergang der Gefahr auf den Gläubiger zur Folge. Erwähnt werden mag an dieser Stelle noch folgender Thatbestand, wenn er auch streng genommen nicht hierher gehört. Die an sich dem Gläubiger zur Last fallende Gefahr der Sache geht, wenn der Schuldner in Verzug kommt, auf diesen über. Offeriert demnächst der Schuldner den Leistungsgegenstand dem Gläubiger, ohne daſs dieser denselben annimmt, so kehrt das periculum auf den Gläubiger zurück, das normale Verhältnis tritt wieder in Kraft. Allerdings ist diese Folge nicht sowohl auf den Verzug des Gläubigers, als vielmehr auf die purgatio morae seitens des Schuldners zurückzuführen. Aber indem die Wirkungen der purgatio morae dem Schuldner zu gute kommen, auch ohne daſs die Obli-

1) l. 105 D. 45, 1; vgl. Kohler S. 390 ff.

gation in das Stadium der Erfüllung tritt, gelangen wir zu einer bemerkenswerten Übereinstimmung zwischen dem zuletzt besprochenen Thatbestande und dem unserer Ansicht nach der Lehre vom Gläubigerverzuge zu Grunde liegenden Rechtsprinzip. Hier wie dort schützt das objektive Recht den Schuldner gegen nachteilige Folgen einer ohne seine Schuld an sich eintretenden Perpetuation des Obligationsverhältnisses, sofern dieser Perpetuation die Thatsache zu Grunde liegt, dafs der Gläubiger die Leistung nicht annimmt.

Von gröfserer Bedeutung noch sind hinsichtlich der Frage des Gefahrüberganges im Falle des Annahmeverzuges die zweiseitigen Obligationen. Denn einmal bewegt sich der wirtschaftliche, beziehungsweise geschäftliche Verkehr, für welchen naturgemäfs die Fragen des Annahmeverzuges besondere Wichtigkeit haben, fast ausschliefslich in den Formen zweiseitiger Rechtsgeschäfte, sodann wirkt der Gefahrübergang, welchen die mora creditoris im Gefolge hat, bei bilateralen Obligationen nicht nur Befreiung des Schuldners von der Leistungspflicht oder eine Erleichterung derselben für den Schuldner, wenn den Leistungsgegenstand ein casus betroffen hat, sondern es bleibt auch der Gegenanspruch des Schuldners gegen den säumigen Gläubiger bestehen und ist durchzusetzen, gleich als ob der Schuldner seinerseits erfüllt hätte, sofern für die Durchsetzung des Gegenanspruchs eine andere Voraussetzung nicht besteht, als eben die Erfüllung des Anspruchs des säumigen Gläubigers.

Die besprochenen Rechtsfolgen treten überall da ein, wo der Übergang der Gefahr der Leistungssache an sich erst mit der Leistung vom Schuldner auf den Gläubiger erfolgt. Derartige Fälle sind dem gemeinen Rechte keineswegs fremd. Während richtiger Ansicht nach bei der locatio operis die Gefahr eines in Bausch und Bogen verdungenen Werkes erst

mit der Approbation des Werkes auf den Besteller übergeht, tritt im Falle der mora accipiendi schon mit dieser der Übergang der Gefahr vom Werkmeister auf den Besteller ein. Nicht anders steht, wenn ein Werk nach Mafs verdungen ist, der Zumessung es gleich, wenn es am Werkherrn liegt, dafs der Akt der Zumessung nicht vor sich gehen kann[1]).

Dagegen hat eingetretene mora des Gläubigers bei der für die Lehre vom Annahmeverzuge praktisch wichtigsten Figur zweiseitiger Rechtsgeschäfte, dem Kauf, im gemeinen Recht nur verminderte Bedeutung. Denn regelmäfsig ist der Übergang der Gefahr beim Kauf nach den Grundsätzen des römischen und gemeinen Rechts bereits an den Abschlufs des Geschäfts geknüpft, so dafs durch mora des Gläubigers nach dieser Richtung hin die Lage des Verkäufers nicht erschwert wird, der Annahmeverzug des Käufers vielmehr auf den Gefahrübergang ohne Einflufs bleibt. Dem römischen Recht ist von den modernen Gesetzgebungen das sächsische bürgerliche Gesetzbuch gefolgt, indem es in § 806 bestimmt:

> Bei Verträgen, welche auf Veräufserung einer dem Stücke nach bestimmten Sache gehen, hat der auf die Leistung der Sache Berechtigte den Zufall, welcher die Leistung unmöglich macht, die Gefahr, von Zeit des Vertragsabschlusses an zu tragen, sofern nicht besondere Gründe die Annahme des Gegenteiles rechtfertigen. Dasselbe gilt, wenn die Sache durch Zufall verschlechtert worden ist.

---

1) l. 36 D. 19, 2; vgl. KOHLER a. a. O. S. 390. Ebenso wie das gemeine Recht C. c. a. 1790, § 939 A.L.R. I. 11, schweiz. Bundesgesetz über das Obligationenrecht Art. 367, hess. Entw. Art. 241, Dresdner Entw. Art. 705 in Verbindung mit Art. 324, bayr. Entw. Art. 526 in Verbindung mit Art. 134.

Also auch hier wird die mit dem Kaufabschlufs begründete Pflicht des Käufers den Kaufpreis zu zahlen, durch Untergang der Sache vor der Übergabe nicht alteriert, so dafs auch der vor dem Untergang des Objekts eingetretene Gläubigerverzug auf die Rechtslage ganz ohne Einflufs bleibt.

Ganz anders läfst das deutsche Recht die Gefahr regelmäfsig erst mit der dinglichen Rechtsveränderung auf den Käufer übergehen, und hier hat dann die mora creditoris, indem sie bereits den Gefahrübergang im Gefolge hat, aufserordentliche Bedeutung[1]). Dem vom Deutschen Recht hinsichtlich des Gefahrübergangs beim Kauf beobachteten Prinzipe sind aber die meisten der modernen Kodifikationen und Entwürfe, soweit sie für die moderne deutsche Rechtsbildung von besonderem Interesse sind, gefolgt. Es seien in dieser Hinsicht erwähnt: §§ 95 ff. A.L.R. I. 11, Österr. bürgerl. Gesetzbuch §§ 1064. 1048, Berner Civilgesetzbuch Satzung 808. 1024, Bayr. Entw. Art. 281, Dresdner Entw. Art. 451, Hess. Entw. Buch II. Art. 19. Dementsprechend führt hier die die Übergabe verzögernde mora des Käufers (Gläubigers) die Folge des Gefahrüberganges bereits in einem Zeitpunkte herbei, in welchem der die Sache treffende casus im normalen Falle noch dem Schuldner (Verkäufer) zur Last fällt. Mehr oder minder deutlich ausgesprochen, enthalten diese Legislationen und Entwürfe sämtlich den Satz, dafs in Beziehung auf den Übergang der Gefahr der Kaufsache Annahmeverzug der Übertragung (Leistung) gleichsteht.

Doch auch das römische und gemeine Recht läfst Thatbestände erkennen, bei welchen nicht bereits mit Abschlufs

---

1) Vgl. das Citat aus dem Wiener Stadtrechtsbuch bei Kohler a. a. O. S. 388.

des Kaufgeschäfts das periculum auf den Käufer übergeht. Es sind dies im wesentlichen dieselben Fälle, welche wir bereits bei Besprechung der einseitigen Obligationen hervorgehoben haben, nämlich diejenigen, bei welchen entweder aus einem genus die zu leistende species durch admetiri, adnumerare u. s. w. noch gebildet oder von mehreren Objekten der Gegenstand der Individualleistung durch Ausscheiden bestimmt werden soll. Bei diesen, den generischen und alternativen Kaufgeschäften geht an sich die Gefahr erst mit der Ausscheidung resp. der Individualisation und — richtiger Ansicht nach — der demnächstigen Erfüllung durch Übergabe des ausgeschiedenen bezw. individualisierten Objekts auf den Käufer (Gläubiger) über. Wiederum entsprechend aber den einseitigen Obligationen wird der Verkäufer von seiner Verpflichtung frei und ist andererseits berechtigt, den Kaufpreis in Anspruch zu nehmen, wenn nach eingetretener mora creditoris vor der Erfüllung die Quantität, aus welcher geleistet werden soll, durch casus untergeht, oder wenn der Käufer die aus dem genus gebildete species oder das aus den mehreren zur Wahl stehenden Gegenständen individualisierte Leistungsobjekt anzunehmen verzögert und nunmehr bezüglich der species oder der ausgewählten Sache ein casus eintritt. Es kann genügen, in dieser Hinsicht auf die lichtvollen Ausführungen KOHLER'S[1]) über die einschlägigen Fragen zu verweisen, und es mag nur, auch noch an dieser Stelle, auf die bereits hervorgehobene höchst wichtige Thatsache hingewiesen werden, dafs bei generischen und alternativen Obligationen die mora creditoris die Folge hat, dafs, während sonst bei diesen die Konzentration zur Species erst mit der Erfüllung eintritt, im angegebenen Falle die blofse Ausscheidung aus

---

1) a. a. O. S. 390 ff.

der Masse resp. den übrigen zur Wahl stehenden Objekten die Wirkungen der Specialisierung hat, so dafs bei den generischen und alternativen Käufen im Falle des kasuellen Untergangs der ausgeschiedenen resp. individualisierten, wenn auch noch nicht geleisteten Sache der Verkäufer dem in Annahmeverzug gerathenen Käufer gegenüber von seiner Leistungspflicht frei wird, dagegen den Kaufpreis zu beanspruchen berechtigt bleibt. Dies alles selbstverständlich mit der Mafsgabe, dafs zu dem Ausscheiden resp. Wählen dasjenige Angebot der Leistung hinzutreten mufs, wenn es nicht mit jenen Akten geradezu zusammenfällt, welches, wie wir im weiteren Verlauf unserer Darstellung sehen werden, zu den Voraussetzungen des Gläubigerverzuges gerechnet werden mufs.

Kann seitens des Schuldners die unverkürzte Gegenleistung beansprucht werden, auch wenn nach eingetretenem Gläubigerverzug die Leistung durch Zufall unmöglich geworden ist oder nur in verschlechtertem Zustande erfolgen kann, so ist soviel ohne weiteres klar, dafs der Eintritt des casus, welcher das Leistungsobjekt vernichtet oder deterioriert, nicht den Moment bezeichnen kann, bis zu welchem die Inanspruchnahme der Gegenleistung seitens des Schuldners aufgeschoben sein mufs. Hierfür wäre kein Grund erkennbar. Vielmehr ergiebt sich aus dem Dargestellten per argumentum a majore ad minus, dafs, sobald der Gläubiger in Annahmeverzug geraten, der Schuldner die ihm zustehende Gegenobligation geltend zu machen befugt ist[1]).

Zwei Obligationen brauchen jedoch nicht nur in der Weise in Beziehung zu einander zu stehen, dafs die eine als Zug um Zug zu erfüllende Gegenleistung der anderen er-

---

1) l. 13 § 8 D. 19, 1; vgl. Mommsen S. 303; Kohler S. 386.

scheint, sondern ihre Beziehung kann auch so gestaltet sein, dafs die eine erwächst, wenn die andere in das Stadium der Erfüllung tritt. Das Prinzip nun, welches bei wechselseitigen Obligationen mit dem Annahmeverzug des Gläubigers die Gegenobligation des Schuldners zur Auslösung bringt, kommt auch bei den Thatbeständen der letzterwähnten Art, wie die Quellen ergeben, zur Anwendung. Hierhin gehört es, wenn einige Quellenstellen die actio pigneraticia directa auf Rückgabe des Pfandes dem Pfandschuldner nicht nur in dem Falle gewähren, dafs die Schuld erfüllt ist, sondern auch, wenn der Schuldner durch Annahmeverzug des Gläubigers an der Leistung verhindert worden ist[1]). Hierhin gehört es ferner, dafs der Hauswirt seines Retentionsrechts dem Mieter gegenüber verlustig geht, nicht nur dann, wenn der letztere die schuldige Miete zahlt, sondern auch in dem Fall, wenn der Gläubiger die ihm bereit gestellte Miete nicht annimmt, so dafs auch in dem letztgedachten Falle nach prätorischem Recht dem Mieter das interdictum de migrando zusteht[2]). Nicht anders ist die Bestimmung der Novelle 91 cap. 2 hierhin zu rechnen, nach welcher der Ehefrau nach Lösung der Ehe ein Anspruch auf die donatio propter nuptias auch dann zusteht, wenn sie ihrerseits die Bezahlung der dos dem Ehemann vergeblich angeboten hatte[3]).

Es mag an dieser Stelle noch die wohl aufzuwerfende

---

1) Vgl. l. 9 § 5 D. 13, 7; l. 6 § 1 D. 20, 6; c. 3 C. 8, 30; c. 12 C. 4, 24 und vor allen Dingen l. 20 § 2 D. 13, 7.

2) l. 1 pr. D. 43, 32.

3) Bemerkenswert ist allerdings, dafs die angezogene Gesetzesbestimmung, wenn die dos aus Mobilien besteht, die Deposition derselben oder wenigstens einen bei Gericht zu stellenden Antrag auf Gestattung der Hinterlegung und (formlose) Kenntnisnahme des Antrages seitens des Ehemannes voraussetzt.

Frage berührt werden, ob zu der hier besprochenen Gruppe von Thatbeständen, welche dahin übereinkommen, daſs eine Obligation mit einer anderen derart in Wechselbeziehung steht, daſs die eine geltend gemacht werden kann, nicht nur, wenn die andere erfüllt ist, sondern auch, wenn die Erfüllung an mora creditoris scheitert, auch die Mietsobligation zu rechnen ist. Hierbei fragt es sich insbesondere, ob es auf den Prinzipien der Lehre vom Annahmeverzuge beruht, daſs der Vermieter, auch ohne daſs der Mieter die vermietete Sache in Besitz genommen, sofern er sie dem letzteren nur parat gestellt hat, den Mietspreis in Anspruch zu nehmen befugt ist. In Wahrheit hat, wie wir meinen, die Unabhängigkeit des Anspruches auf den Mietspreis von der Besitznahme (Annahme) der Mietssache durch den Mieter keinerlei Beziehung zur Lehre vom Annahmeverzuge. Nicht deshalb steht dem Vermieter die a. locati conducti auf Zahlung des Mietspreises auch im Falle, daſs der conductor die ihm bereit gestellte Wohnung nicht bezogen, zu, weil in dieser Hinsicht Annahmeverzug der Annahme, Erfüllungsversuch der Erfüllung gleichsteht, sondern weil in der Bereitstellung der Wohnung die Erfüllung selbst, das heiſst die vollständige Leistung alles dessen liegt, was der Vermieter vertraglich zu prästieren verbunden ist. Nicht weil das Gesetz dem erfüllungsbereiten, aber durch Annahmeverzug des Gläubigers an der Leistung gehinderten Schuldner zu Hülfe kommt, sondern weil der Schuldner, der geleistet hat, gesetzlich die Gegenleistung verlangen darf, ist in dem hier besprochenen Falle die Mietszinsklage gegeben. Abzuweisen ist es daher auch, wenn Kohler[1]) in einem ganz ähnlich liegenden Falle die Bereitstellung als Erfüllungssurrogat bezeichnet, mag

1) a. a. O. S. 387.

man auch im übrigen über den Begriff des Erfüllungssurrogats denken, wie man will.

Zu denjenigen Mitteln, mit welchen das Recht die nachteiligen Folgen des Gläubigerverzuges von dem Schuldner abzuwehren sucht, gehört auch die Gewährung eines Anspruchs auf Ersatz von Kosten und Aufwendungen, welche dem Schuldner bezüglich der Leistungssache nach eingetretener mora creditoris bis zur Heilung derselben erwachsen sind. Dem Schuldner steht in dieser Hinsicht einmal die Retentionseinrede zu. Er ist berechtigt, die Leistung abzulehnen, bis er wegen des beregten Anspruchs vom Gläubiger Befriedigung erhalten hat[1]). Sodann aber steht dem Schuldner — wenigstens in den meisten Fällen — auch ein Klagerecht zur Seite, dessen rechtliche Natur sehr bestritten und noch nicht hinreichend klargestellt erscheint, auf welches daher an dieser Stelle näher einzugehen ist.

Während eine Gruppe von Autoren der Klage den Gesichtspunkt der actio negotiorum gestorum zu Grunde legt[2]), will SCHEY[3]) in jener Klage einen reinen Schadensersatzanspruch ex contractu erkennen. Die Auffassung, dafs sie den Charakter eines Anspruchs wegen unbeauftragter Geschäftsführung habe, lehnt er energisch ab, und es mufs diesem Schriftsteller zugegeben werden, dafs die a. negotiorum gestorum nicht ausreicht, um alle denkbaren Fälle, in welchen dem Schuldner der hier besprochene Ersatzanspruch zustehen mufs und thatsächlich auch zusteht, zu umfassen.

Wenn SCHEY darauf hinweist, dafs der Schuldner trotz

---

1) legatarium petentem vinum ab herede doli mali exceptione placuit summoveri, l. 8 D. 33, 6. — nec reddi vinum, nisi quanti conduxerit ab emtore reddatur, l. 1 § 3 D. 18, 6.

2) MOMMSEN S. 297; ULRICH S. 11 Anm. 8; KOHLER S. 377.

3) a. a. O. S. 129 ff.

mora creditoris nicht so ohne weiteres befugt sei, sich der Sache durch Preisgebung oder Verkauf zu entledigen, ohne sich einer Haftung auszusetzen, daſs es vielmehr Fälle gebe, in denen der Schuldner trotz der mora creditoris nur seine Pflicht thue, wenn er eine gewisse Sorgfalt auf das Leistungsobjekt verwende, so wird allerdings hierbei, wie wir meinen, nicht hinreichend berücksichtigt, daſs wenigstens das römische und das gemeine Recht an keiner Stelle ein ausdrückliches Verbot der Preisgebung oder gar des Verkaufs des Leistungsgegenstandes seitens des Schuldners aufweist. Das „laudandus est potius“ der l. 1 § 3 D. 18, 6 und das „periculose facturum“ der l. 8 D. 33, 6 enthalten doch nicht mehr, als eine Empfehlung und eine Warnung an den Schuldner; ein direktes Verbot der Dereliktion der Sache ist in diesen und in anderen Fragmenten nicht zu erkennen Mangels eines solchen Verbotes und im Hinblick auf das „licet effundere vinum“ der l. § 3 cit. und die ähnlich lautenden obencitierten Quellenzeugnisse kann an eine obligationsmäſsige Pflicht des Schuldners, trotz des Zögerns des Gläubigers custodia der Sache zu widmen, nicht wohl gedacht werden. Auch die Thatsache, auf welche sich Schey beruft, daſs der Schuldner trotz mora creditoris wenigstens für dolus und culpa lata zu haften fortfahre, kann nicht zu dem Schlusse nötigen, daſs der Schuldner auf die ihm nicht abgenommene Sache Kosten zu verwenden gehalten sei. So unzweifelhaft nur diejenige Obsorge für fremde Interessen, welche eine freiwillige ist, die actio negotiorum gestorum zu begründen geeignet erscheint, so fehlt nach Vorstehendem doch eben den Aufwendungen, welche der Schuldner nach eingetretener mora creditoris auf die Leistungssache zur Erhaltung derselben macht, die Eigenschaft der Freiwilligkeit keineswegs. Die auf die angebliche Erhaltungspflicht des Schuldners abstellen-

den Deduktionen SCHEY's greifen also gegenüber der Ansicht, welche den Ersatzanspruch des Schuldners dem Prinzip der a. negotiorum gestorum unterordnet, schwerlich durch.

Weit erheblicher dagegen ist es, wenn SCHEY ausführt, daſs der Gläubiger in der Lage wäre, den Ersatzanspruch des Schuldners, wenn dieser Anspruch den Charakter einer actio negotiorum gestorum hätte, durch den Einwand abzuwehren, er lege keinen Wert auf die gemachten Aufwendungen, ihm sei die Sache auch in verschlechtertem Zustande recht, oder er messe der Sache überhaupt keinen Wert bei, wenn er auch nicht gerade auf dieselbe verzichten wolle, m. a. W., daſs es dem Gläubiger ein Leichtes wäre, die Utilität der Aufwendung, welche bekanntlich wesentliche Voraussetzung der actio negotiorum gestorum ist, in durchgreifender Weise in Abrede zu stellen und damit der Klage selbst siegreich zu begegnen[1]. Wollten wir mit MOMMSEN[2] annehmen, daſs in solchem Falle mit dem Rechtsbehelf der actio negotiorum gestorum auch der Impensenanspruch des Schuldners überall versage, so würden wir damit zu einem Resultate gelangen, welches ebensowenig den Zeugnissen der Quellen als dem praktischen Bedürfnisse entspräche, und damit zu einem Resultate, welches schlechthin als unannehmbar bezeichnet werden darf.

In der That statuieren die Quellen den Ersatzanspruch des Schuldners völlig schrankenlos, eine Andeutung davon,

---

1) Die Zulässigkeit dieses Einwands ist von der Stellung unabhängig, die man zu der Frage einnimmt, ob es eine allgemeine Abnahmepflicht des Gläubigers giebt oder nicht. Selbst wenn man der Ansicht ist, daſs der Gläubiger im Klagewege zur Abnahme der Sache gezwungen werden kann, so kann er dennoch einwenden: Ich muſs die Sache zwar abnehmen, aber ich habe an ihr nicht das geringste Interesse.

2) a. a. O. S. 297.

dafs jener Anspruch cessiere, wenn die Utilität der Aufwendung in der angegebenen Weise vom Gläubiger bestritten werde, findet sich, soweit wir sehen, nirgends. Dieser Thatsache aber ist um so mehr Bedeutung beizumessen, als sicherlich das Bestreiten der Nützlichkeit der Aufwendung, wenn es zulässig wäre, in manchen Fällen als ein handliches Mittel, dem Impensenanspruch zu entgehen, gebraucht würde.

Dafs aber auch praktisch die Theorie, welche den Ersatzanspruch des Schuldners gegen den morosen Gläubiger als a. negotiorum gestorum begreift, zu recht wenig empfehlenswerten Ergebnissen führt, dürfte einleuchten. Wie man über die Frage der Befugnis zur Preisgebung des Leistungsobjekts auch denken mag, jedenfalls wäre es angesichts des Umstandes, dafs das Recht zum mindesten dringend anrät, von der Dereliktion Abstand zu nehmen, in den meisten Fällen geradezu unerträglich, wenn der Schuldner nicht mit Sicherheit darauf rechnen könnte, wegen der zur Erhaltung der Sache gemachten Aufwendungen sich an dem Gläubiger erholen zu dürfen, vielmehr fürchten müfste, auf die dargestellte Weise mit seiner Impensenklage abgewiesen zu werden. Wäre dem Schuldner jene Garantie nicht gegeben, so würde er mit Recht Anstand nehmen, für Erhaltung der Sache irgendwelche Sorge zu tragen. Es bedarf aber keiner Ausführung, dafs dann auch der auf möglichste Erhaltung des Objekts gerichtete Zweck, den die römischen Juristen im Auge hatten, als sie die Preisgebung als „gefahrvoll" bezeichneten und das Behalten der Sache dem Schuldner empfahlen, vereitelt wäre.

Im Gegensatz zu der sonach für das gemeine Recht wenigstens unrichtigen Auffassung, welche den Impensenanspruch des Schuldners gegen den zögernden Gläubiger der actio negotiorum gestorum unterordnet, sieht Schey jenen Anspruch als auf Schadensersatz gerichtet an. Ein Schadens-

ersatzanspruch setzt notwendigerweise culpa auf seiten desjenigen voraus, gegen welchen der Anspruch gerichtet ist, und in der That liegt der Theorie des genannten Schriftstellers die Auffassung zu Grunde, dafs ohne culpa auf seiten des Gläubigers diejenigen Wirkungen nicht eintreten, welche man als die der mora creditoris bezeichnet. Wir begegnen an dieser Stelle zum erstenmal der für die ganze Auffassung vom Wesen des Gläubigerverzuges hochwichtigen Frage, ob derselbe eine Schuld auf seiten des Gläubigers voraussetze. Auf diese Frage werden wir im Verlaufe unserer Erörterung zurückkommen. An dieser Stelle ist zu erwägen, ob ohne die culpa-Theorie für die Erklärung der Wirkungen der mora creditoris, insbesondere des hier besprochenen Ersatzanspruches nicht auszukommen ist, m. a. W., ob der Impensenanspruch der römischen Rechtsquellen und der modernen Legislationen und Entwürfe nicht zugestanden werden kann, ohne dafs man culpa auf seiten des Gläubigers als eine seiner Voraussetzungen ansieht.

Was die römischen Rechtsquellen betrifft, so verhalten sich über den Impensenanspruch des Schuldners gegen den in Annahmeverzug geratenen Gläubiger vor allen Dingen folgende Pandektenfragmente:

L. 38 § 1 D. 19, 1: Si per emtorem steterit, quominus ei mancipium traderetur, pro cibariis per arbitrium indemnitatem posse servari Sextus Aelius, Drusus dixerunt, quorum et mihi justissima videtur esse sententia.

Ferner kommt hier in Betracht der Schlufs der bereits oben citierten l. 8 D. 33, 6: . . . sed legatarium petentem vinum ab herede doli mali exceptione placuit summoveri, si non praestet id, quod propter moram ejus damnum passus sit heres,

sowie aus der ebenfalls bereits dem Wortlaut nach wieder-

gegebenen l. 1 § 3 D. 18, 6 der Passus: . . . . nec reddi vinum, nisi quanti conduxerit ab emtore reddatur.

Von diesen Fragmenten statuiert das dem Titel de actionibus emti venditi entnommene nichts anderes, als eine nötigenfalls im Wege der Klage[1]) durchzusetzende Pflicht des morosen Gläubigers zum Ersatz der Kosten der Alimentierung, welche auf den das Objekt der Obligation bildenden Sklaven nach eingetretener mora creditoris verwendet worden sind. Eine allgemeine Schadensersatzpflicht des Gläubigers ist hieraus nicht abzuleiten. Die beiden übrigen Stellen sind für die Entscheidung der Frage nach der Natur der Klage, welche dem Schuldner wegen gemachter Aufwendungen gegen den Gläubiger zusteht, nicht ohne weiteres verwendbar. Denn sie sprechen an sich nur von einer Retentionseinrede. Immerhin aber unterliegt es für uns auf Grund der l. 38 § 1 D. 19, 1 keinem Zweifel, dafs der Ersatz der Miethskosten, von welchem l. 1 § 3 D. 18, 6 spricht, auch im Wege der Klage von dem säumigen Käufer zu erlangen wäre. Aber als Schadensersatzanspruch im allgemeinen Sinne brauchte auch die Impensenklage im Falle der letzterwähnten Stelle nicht aufgefafst zu werden. Denn die Mietung anderer Gefäfse war erforderlich, um den Wein in den Fässern, in welchen er sich bisher befand, weiter aufbewahren zu können, und so sind die Mietskosten auch nichts anderes, als Impensen der Aufbewahrung der Ware.

---

1) Dafs in l. 38 § 1 D. 19, 1 dem Schuldner das Recht auch der Klage auf Ersatz der Impensen beigelegt ist, sollte mit Rücksicht auf die allgemeine Fassung der Stelle (per arbitrium indemnitatem servari dixerunt) nicht bestritten werden. Allerdings erblickt Brinz das technische Mittel der Erlangung des Impensenersatzes auch im Falle der l. 38 § 1 cit. allein in der Retentionseinrede (Pand. II S. 309 Anm. 8). Ebenso Demelius, Grünhuts Zeitschr. Bd. 13 S. 463.

Einen ähnlichen Fall betrifft auch die von POMPONIUS herrührende l. 8 D. 33, 6. Auf Grund eines Damnationslegats war der Schuldner verpflichtet, Wein, welcher sich in Standfässern befand, dem Legatar zu gewähren. Da dieser ihn nicht abnahm, entscheidet der Jurist, dafs dem Erben eine Retentionseinrede zum Zwecke der Erlangung des Ersatzes seines „Schadens" gegen den Legatar zustehe. Wäre hiermit eine unbeschränkte Schadensersatzpflicht des Gläubigers ausgesprochen, so müfste notwendigerweise zu ihren Voraussetzungen auf seiten des Gläubigers culpa gehören. Dann aber könnte die Zulässigkeit des Schadensersatzanspruchs nicht auf seine Geltendmachung durch das technische Mittel der Retentionseinrede beschränkt sein, sondern der Anspruch müfste auch im Wege der Klage zur Durchsetzung zu bringen sein. Nun besteht die dem Schuldner nachteilige Folge des Abnahmeverzuges, der Schade, den er durch die mora creditoris erleidet, in erster Linie und zunächst in der Unmöglichkeit der Benutzung der Fässer. Wie nun in l. 1 § 3 D. 18, 6 der Schuldner auf Mietung anderer Fässer verwiesen ist, um die Benutzung solcher ohne Preisgebung des Weines erreichen zu können, so wird man auch bezüglich der POMPONIUS-Stelle unter dem damnum diejenigen Aufwendungen verstehen müssen, welche erforderlich waren, um dem Erben die Benutzung, wenn nicht derselben, so doch gleichartiger Fässer zu ermöglichen. Ganz sicherlich ist nicht erforderlich, anzunehmen, dafs POMPONIUS eine allgemeine Schadensersatzpflicht habe statuieren wollen, es ist durchaus zulässig, die Stelle dahin zu verstehen, dafs hier an einen Ersatz der Mietskosten anderer Gefäfse gedacht sei. Für diese Auffassung spricht inbesondere die technische Verwendung des Wortes damnum in der römischen Schadensersatzlehre. Denn unter damnum braucht nicht das Interesse im allgemeinen Sinne,

in welchem zum Interesse auch der entgangene Gewinn gehört, verstanden zu werden, sondern das Wort kann auch ausschliefslich den in Geld geschätzten Verlust bedeuten, den der Betroffene durch die Handlung oder Unterlassung eines Andern erlitten hat. Hierüber lassen die römischen Rechtsquellen keinen Zweifel. Die Anführung folgender Beispiele wird genügen. Der Begriff des Interesse ist in l. 13 pr. D. 46, 8 erläutert, woselbst es heifst: . . . in quantum mea interfuit, i. e. quantum mihi abest, quantumque lucrari potest. Hier finden wir den entstandenen Schaden ausdrücklich neben den entgangenen Gewinn, das damnum emergens neben das lucrum cessans gestellt. Ebenso verhält es sich bezüglich der l. 2 § 8 in fine D. 13, 4 in den Worten: . . quid si merces solebat comparare: an et lucri ratio habeatur, non solius damni? puto et lucri habendam rationem. Und dieselbe Gegenüberstellung finden wir in der Justinianischen c. un. § 2 C. 7, 47: et hoc non solum in damno, sed etiam in lucro nostra amplectitur constitutio, quia et ex eo veteres quod interest statuerunt. . . .

Dürfen wir uns sonach für berechtigt halten, unter damnum im Sinne des citierten Pomponischen Fragments auch nur den blofsen Schaden im Gegensatz zu dem auch das lucrum cessans umfassenden Interesse zu verstehen, so bedeutet in der That damnum im vorliegenden Falle nicht anderes als diejenigen Aufwendungen, die der Schuldner durch Vorhaltung der Fässer zur Erhaltung des Weines auf denselben hat machen müssen, also entweder der Mietswert der Fässer oder die Kosten der Mietung anderer gleichartiger Gefäfse. Ergeben nach vorstehendem die die sedes materiae bildenden Quellenzeugnisse, dafs wir es hier nicht mit einem Schadensersatzanspruch des Schuldners, sondern nur mit einem Anspruch auf Ersatz von Kosten und Aufwendungen zu thun

haben, so ergiebt sich hieraus fernerhin, dafs zu den Voraussetzungen dieses Anspruchs culpa auf seiten des morosen Gläubigers nicht gezählt zu werden braucht.

Kommen wir nunmehr auf die oben citierte l. 38 § 1 D. 19, 1 zurück. Ist die hier statuierte Klage nicht als eine Schadensersatzklage aufzufassen, läfst sie sich auch nicht ohne weiteres dem Gesichtspunkt eines Anspruchs aus der nützlichen Verwendung unterordnen, so werden wir nicht fehlgehen, wenn wir sie bei dem in l. 38 § 1 cit. besprochenen Thatbestand als einen mit der actio emti venditi des Verkäufers durchzusetzenden Anspruch charakterisieren. Das Gesetz will nicht, dafs die wirtschaftliche Lage des Verkäufers durch Abnahmeverzug des Käufers erschwert werde. Ob es ihm zur Abwendung der aus dem Abnahmeverzug resultierenden Nachteile einen Anspruch auf Abnahme gewährt, mag an dieser Stelle noch dahingestellt bleiben. Jedenfalls giebt es ihm eine Klage auf Ersatz der Impensen, welche der Käufer nach eingetretener mora creditoris auf die Sache gemacht hat. Bezweckt nun der Kauf an sich nichts anderes, als die Umsetzung von Waren gegen Geld, ist er seiner Natur nichts anderes, als ein verfeinertes Tauschgeschäft, mit der Mafsgabe, dafs im übrigen Rechte und Pflichten auf beiden Seiten völlig gleich verteilt sind, und ist dieser Zustand einer prinzipiell wirtschaftlich gleichen, wenn auch durch das Kaufgeschäft modifizierten Lage der Parteien durch die actiones emti venditi durchsetzbar, so hat eine Klage, mit welcher einer zwar im Gefolge des Kaufs entstandenen, aber durch das Geschäft nicht nur nicht bedingten, sondern seinem Prinzip sogar widersprechenden ungünstigen Lage des Verkäufers entgegengetreten wird, durchaus das Wesen der Kontraktsklage. Wir haben die Natur der Impensenklage gerade mit Rücksicht auf das Kaufgeschäft besprochen, weil der Kauf

gerade für die uns hier beschäftigenden Fragen die praktisch wichtigste Vertragsfigur darstellt, kein Zweifel jedoch, daſs ganz entsprechend auch bei den andern Vertragsobligationen der Ersatz der Aufwendungen, welche der Schuldner nach eingetretenem Gläubigerverzug der Leistungssache gewidmet hat, auf dem Wege der Vertragsklage gesucht werden kann, und daſs speziell bei den obligationes bilaterales inaequales die hier zuständige Klage sich als actio contraria qualifiziert[1]).

Bemerkt werden mag übrigens, daſs, dafern man, wie es unserer weiter unten zu entwickelnden Ansicht entspricht, wenigstens hinsichtlich des Kaufs einen klagbaren Abnahmeanspruch des Schuldners anerkennt, im Falle der mora des Gläubigers der Impensenanspruch des Verkäufers sich zu einem Schadensersatzanspruch erweitert. Diesem kann der Käufer, soweit dieser Anspruch über den Impensenanspruch hinausgeht, nach den allgemeinen Grundsätzen über Vertragsobligationen nur dadurch begegnen, daſs er unverschuldete Unmöglichkeit der Annahme einwendet und eventuell beweist.

Anders verhält es sich dagegen hinsichtlich derjenigen Obligationen, welche nicht auf vertragsmäſsigem Grunde beruhen. Bei ihnen ist, sofern nicht die besonderen Voraussetzungen der actio negotiorum gestorum vorliegen, und daher diese letztere Klage Platz greift, keine Klage denkbar, mit welcher der Ersatzanspruch des Schuldners zu verfolgen wäre, und wir halten es für keineswegs bedeutungslos, daſs dasjenige der hier in Betracht kommenden Quellenfragmente, welches speziell eine auſserkontraktliche Obligation zum Gegenstande hat, die l. 8 D. 33, 6, nur von der Retentionseinrede spricht. In der That dürfte für das römische und gemeine

1) Mommsen a. a. O. 297 Anm. 2.

Recht, was die aufserkontraktlichen Obligationen anbelangt, die von BRINZ vertretene Meinung, derzufolge dem Schuldner nur die Retentionseinrede zur Verfügung steht, Billigung verdienen. Allerdings mufs diese Ansicht auf das Gebiet der aufserkontraktlichen Verpflichtungen beschränkt bleiben, und es ist andererseits nicht aufser acht zu lassen, was bereits erwähnt ist, dafs die Klage aus der Geschäftsführung ohne Auftrag, sofern nur ihre besonderen Voraussetzungen vorliegen, dem Schuldner kontraktlicher, wie aufserkontraktlicher Verbindlichkeiten eine brauchbare Handhabe zur Geltendmachung seines Impensenanspruches bieten wird.

KOHLER[1]) führt noch aus, dafs die exceptio retentionis, die Einrede der Heimschlagung, dort jedem legitimen Bedürfnisse entspreche, wo jemand Kosten auf eine fremde Sache aufwendete, die er für die eigene hielt, da er sich nicht beklagen dürfe, wenn er nun wirklich habe, was er zu haben vermeint habe, dafs jene Einrede hingegen dem Rechtszweck nicht entspreche, wo jemand unter Billigung des Rechts wissentlich für einen Dritten gehandelt habe. Wenn KOHLER hieraus folgert, dafs die Gewährung eines Impensenanspruchs im Gewande der a. neg. gest. in jedem Falle ein rechtspolitisches Postulat sei, so ist hierbei der bereits hervorgehobene konstruktive Gesichtspunkt, dafs die die Zulässigkeit der a. neg. gestorum bedingende Nützlichkeit der Aufwendung eben nicht ohne Weiteres gegeben ist, aufser acht gelassen. Aber die praktischen Bedenken, auf welche KOHLER verweist, haben auch bei unbefangener Prüfung nicht die schwerwiegende Bedeutung, die ihnen dieser Schriftsteller zuweist. Für die praktisch weitaus wichtigsten Fälle, diejenigen der Vertragsobligationen, bedürfen wir der a. neg.

1) a. a. O. S. 378.

gest. garnicht, da, wie wir gesehen haben, die Vertragsklage dem Schuldner ein durchaus geeignetes Mittel bietet, um sich wegen seiner Aufwendungen auf die Sache an dem Gläubiger zu erholen, und was die aufserkontraktlichen Verbindlichkeiten anbelangt, so ist der Umstand, dafs die Klage aus der unbeauftragten Geschäftsführung dann jedenfalls dem Schuldner zum Siege verhilft, wenn der Gläubiger sich zu der Erklärung, dafs er auf die Sache resp. deren Leistung in obligationsgemäfsem Zustande kein Gewicht lege, nicht entschliefst, immerhin doch von wenigstens einiger Bedeutung. Auch ist davor zu warnen, alle Einzelvorschriften des römischen Rechts so zu dehnen und zu recken, bis sie dem so mannigfaltig aufgefafsten Rechtsideale entsprechen. Auch das römische Recht ist positives Recht und nicht in dem Sinne ratio scripta, dafs es nicht der Verbesserung vielfach fähig und bedürftig wäre. Man sehe daher davon ab, ein unter allen Umständen anwendbares Klagerecht auch für die nicht vertragsmäfsigen Obligationen konstruieren zu wollen, und begnüge sich mit dem, was die Quellen ergeben.

Soweit die Lehre des römischen und gemeinen Rechts über den Impensenanspruch des Schuldners. Die modernen Gesetzgebungen und Entwürfe knüpfen fast durchweg die der mora creditoris eigentümlichen Wirkungen an eine schuldhafte Verzögerung des Gläubigers und tragen demgemäfs vielfach auch kein Bedenken, den gemeinrechtlichen Anspruch des Schuldners auf Ersatz gemachter Aufwendungen geradezu zu einem Schadensersatz-, d. h. Interessenanspruch gegen den morosen Gläubiger auszuweiten. Das peufsische allgemeine Landrecht, welches bekanntlich die Lehre vom Annahmeverzuge ex professo nicht behandelt, bestimmt in § 102 I. 11, dafs der durch seine Schuld die Übernahme verzögernde Käufer dem Verkäufer „Schadloshaltung“ zu

gewähren verpflichtet ist. Das österreichische Recht läfst den Gläubiger, welcher seine Abnahmeverpflichtung zu erfüllen unterläfst, dem andern Teil für Schaden und entgangenen Nutzen haften, mit der Mafsgabe jedoch, dafs sofern auf seiten des Gläubigers nicht „böse Absicht" oder „auffallende Sorglosigkeit" vorliegt, die Haftung auf damnum emergens beschränkt bleibt (§§ 1047. 1324. 1419 a. b. G. B.)[1]. Allerdings ist hierbei die Frage, ob überhaupt nur diejenige Verzögerung des Gläubigers, welche sich als schuldhafte charakterisiert, in Betracht kommt, für das österreichische Recht aufserordentlich bestritten[2]. Das sächsische bürgerliche Gesetzbuch legt in § 750 dem „Berechtigten" die Pflicht auf, dem Schuldner den aus dem Verzuge erwachsenen Schaden und Aufwand zu ersetzen. Dafs diese Pflicht an mindestens culpose mora des Gläubigers geknüpft ist, ergiebt § 749, sodafs es durchaus konsequent ist, wenn, wie aus §§ 687. 124. 125 erhellt, die Schadensersatzpflicht des Gläubigers sowohl damnum emergens als auch lucrum cessans umfafst. Auf demselben Standpunkt der Anknüpfung der mora-Wirkungen an schuldhaftes Verhalten des Gläubigers und Erstreckung der Ersatzpflicht auf die Interesseleistung steht der Dresd. Entwurf (Art. 321. 328. 238. 242). Dagegen gewährt der Hess. Entwurf (Art. 254) dem Schuldner nur das Recht, die von ihm „wegen Aufbewahrung oder Ernährung des Gegenstandes der Verbindlichkeit" aufgewendeten Kosten, insoweit als sie den Betrag der bezogenen Früchte übersteigen, ersetzt zu verlangen, und die adäquate Bestimmung enthält der bayer. Entwurf in Art. 137, während in beiden Entwürfen ein rechtlicher (gerechter) Grund der Nichtannahme die Wir-

1) Vgl. Schey a. a. O. S. 129.

2) Litteraturnachweis bei Schey S. 88 Anm. 7.

kungen der mora creditoris ausschliefst (hess. Entw. Art. 246, bayer. Entw. Art. 128).

In engem Zusammenhang mit dem eben Besprochenen stehen folgende Rechtsgestaltungen. Während einerseits dem morosen Gläubiger gegenüber ein Anspruch auf Ersatz der vom Schuldner auf die Erhaltung und Aufbewahrung der Sache gemachten Aufwendungen erwächst, sieht sich der Gläubiger andererseits an Geltendmachung derjenigen Nebenrechte, welche Sicherung der Obligation bezwecken, infolge des Annahmeverzuges gehindert. So tritt Fälligkeit einer wegen Nichterfüllung ausbedungenen Konventionalstrafe dann nicht ein, wenn die seitens des Schuldners bereit gestellte und angebotene Erfüllung durch den Gläubiger nicht angenommen wurde[1]), und nicht anders wird die auf die Nichterfüllung gesetzte lex commissoria nicht verwirkt, wenn die rechtzeitige Leistung an mora des Gläubigers scheitert[2]). Man wende nicht ein, dafs in den gedachten Fällen die Fälligkeit der Konventionalstrafe, die Verwirkung der lex commissoria nicht sowohl auf Grund der mora creditoris, als vielmehr auf Grund der Thatsache ausgeschlossen werde, dafs der Schuldner ohne seine Schuld zu leisten verhindert sei. Die Unmöglichkeit der Leistung des Schuldners beruht doch eben auf dem Gläubigerverzuge, und so ist immerhin dieser der letzte Grund der beregten rechtlichen Folgen.

---

1) l. 23 § 3 D. 4, 8; l. 8 D. 22, 2; l. 9 § 1 D. 22, 1; vgl. auch Dresd. Entw. Art. 126; hess. Entw. Art. 128 No. 1; Sächs. b. G.B. § 1434.

2) l. 4 § 4 D. 18, 3. — Dafs der Rechtsbehelf der a. de constituta pecunia nicht erwächst, wenn die Leistung des konstituierten Gegenstandes durch mora des Gläubigers gehindert wird (l. 16 § 2 D. 13, 5; l. 51 § 1 D. 19, 1), beruht nicht auf den Grundsätzen der mora creditoris, sondern auf dem eigentümlichen Wesen des Konstituts. A. A. Kohler S. 380. 413.

Zu beachten ist hierbei auch die sehr wesentliche von KOHLER[1]) für das moderne Versicherungsrecht hervorgehobene Folge, daſs die an sich wegen Nichtzahlung der Prämie eintretende Kaduzierung des Versicherungsrechts dann cessiert, wenn der Versicherer die Prämie nicht annimmt. Und schlieſslich mag an dieser Stelle noch auf den Umstand hingewiesen werden, daſs auch die Distraktion eines Pfandes dem Gläubiger nicht gestattet und die a. hypothecaria dem Gläubiger versagt ist, wenn es an ihm liegt, daſs der Schuldner die Obligation nicht erfüllt hat[2]). Daſs andererseits dem Schuldner in einigen Quellenstellen die a. pigneraticia directa auf Rückgabe des bestellten Pfandes schon von dem Zeitpunkt an gewährt wird, zu welchem der Gläubiger in Annahmeverzug geraten ist, haben wir oben schon hervorgehoben. Auch könnte, sofern man dem in den beregten Quellenstellen zum Ausdrucke gebrachten Prinzipe folgte, an sich nicht wohl bezweifelt werden, daſs unter den angegebenen Voraussetzungen dem Eigentümer des verhypothecierten Grundstücks gegen den Pfandgläubiger die Klage auf Löschung der Hypothek zustehen müſste.

Ob die angegebenen Folgen der mora creditoris, wenigstens auf Grund der späteren Rechtsentwickelung, sofern es sich um Geldschulden handelt, nur eintreten unter der gleichzeitigen Voraussetzung der Deposition der Obligationssumme, wird sich für das gemeine Recht mit hinreichender Sicherheit nicht feststellen lassen[3]). Soviel halten wir für unbestreitbar, daſs

1) S. 380.

2) c. 5 C. 8, 28; c. 2 C. 8, 29; l. 11 § 4 D. 20, 4.

3) Vgl. hierzu insbes. MOMMSEN a. a. O. S. 291. Es scheint in der That, als wenn für das spätere römische Recht die Hinterlegung als Erfordernis anzusehen sei, c. 8 C. 8, 28; c. 2 C. 8, 29; c. 10, C. 4, 24; c. 12 C. 4, 31; c. 3 C. 8, 31; c. 20 C. 8, 19. Dasselbe dürfte hinsicht-

bei nachträglicher purgatio morae des Gläubigers die Pfanddistraktion dem Gläubiger wieder gestattet wird, falls die schuldige Geldsumme nicht deponiert und über das Pfand nicht seitens des Schuldners anderweitig verfügt ist, sowie dafs im entsprechenden Falle bei mangelnder Hinterlegung des Geldes die Konventionalstrafe nunmehr dennoch erwachsen kann[1]), und andererseits werden wir nicht fehlgehen, wenn wir annehmen, dafs es in der Praxis des gemeinen Rechts an der in den Rechtsquellen jedenfalls empfohlenen Deposition des Schuldbetrages regelmäfsig nicht mangeln wird. Für das preufsische Recht resultiert aus § 229 A.L.R. I. 16, dafs ohne die Hinterlegung die Befreiung des Schuldners von den nachteiligen Folgen des Verzuges des Gläubigers nicht eintritt.

Besondere Beachtung verdient noch die Frage des Einflusses der mora creditoris auf die Nebenverpflichtungen der Obligation. Dafs bei vorliegendem Annahmeverzug die Verpflichtung des Schuldners zur Herausgabe von Früchten sich auf die wirklich gezogenen Früchte beschränkt und insbesondere die fructus neglecti nicht miterfafst, ist unzweifelhaft. Der Schlufspassus der l. 9 D. 24, 3 ist in dieser Hinsicht durchaus beweisend[2]). Zweifelhafter ist die entsprechende die Zinspflicht betreffende Frage. Wenn unter den Folgen der mora creditoris für das gemeine Recht manchmal auch die Hemmung des Zinsenlaufs aufgeführt wird, so ist hieran jedenfalls so viel richtig, dafs Verzögerungszinsen bereits mit dem Momente des Annahmeverzuges aufhören, ganz einfach aus dem Grunde, weil damit ihr Rechtsgrund, der Verzug

---

lich der Kaduzierung des emphyteutikarischen Rechts wegen Nichtzahlung des Kanons im Falle des Gläubigerverzuges anzunehmen sein; arg. c. 2 i. f. C. 4, 66. A. A. allerdings Kohler a. a. O. S. 381.

1) l. 23 § 3, l. 24 D. 4, 8.

2) Vgl. Mommsen S. 288.

des Schuldners, in Wegfall kommt[1]). Erscheint aber schon die von MOMMSEN[2]) gewollte Ausdehnung dieser Vorschrift auf gesetzliche Zinsen höchst bedenklich, — die von diesem Schriftsteller für seine Ansicht angeführte c. 2 C. 4, 32 setzt Deposition voraus, andernfalls würde der Käufer die Ware und den Kaufpreis nutzen, was der bekannten Bestimmung des römischen Rechts widersprechen würde[3]), — so ist für das gemeine Recht die Annahme[4]), dafs der Lauf auch der Konventionalzinsen durch mora creditoris gehemmt werde, geradezu unhaltbar.

Was zunächst die gesetzlichen Zinsen anbelangt, so sind die Quellenstellen zahlreich, aus denen hervorgeht, dafs die Zinsen, sofern sie nur eben nicht Verzugszinsen sind, durch mora creditoris allein ohne hinzutretende Hinterlegung des Leistungsgegenstandes nicht erlöschen. Es seien hier nur l. 28 § 1 D. 26, 7 und l. 1 § 3 D. 22, 1 citiert. Beide betreffen den Fall der Verpflichtung des Vormundes zur Herausgabe des von ihm verwalteten Mündelgutes, es erscheint aber unbedenklich, die hier zum Ausdruck gebrachte Rechtsregel auf gesetzliche Zinsen überhaupt in Anwendung zu bringen. Wenn l. 17 § 3 D. 22, 1 und l. 122 § 5 D. 41, 1 abweichendes zu bestimmen scheinen, so haben beide Fragmente nicht sowohl die Frage, ob gesetzliche Zinsen aufhören, als vielmehr diejenige, ob solche zur Entstehung gelangen, zum Gegenstande, und diese Frage wird hier aller-

---

1) Vgl. UNTERHOLZNER, die Lehre von den Schuldverhältnissen Bd. I S. 130; WINDSCHEID Bd. II § 346 Anm. 7.

2) a. a. O. S. 288.

3) cum re emptor fruatur, aequissimum est eum usuras pretii pendere . . ., l. 13 § 20 D. 19, 1; vgl. auch l. 13 § 21 t. c.; l. 18 § 1 D. 22, 1 und andere Stellen mehr.

4) Wie sie unter andern UNTERHOLZNER a. a. O. S. 130 vertritt.

dings in verneinendem Sinne entschieden, sofern mora creditoris vorliegt oder überhaupt nur, wie in l. 17 § 3 D. 22, 1 Umstände, welche auf der Gläubigerseite die Leistung verhindern, Platz greifen[1]). Offenbar aber kann es nicht auffallen, dafs die Römer sich weniger leicht dazu verstanden haben, den Lauf einmal entstandener gesetzlicher Zinsen zu hemmen, als dazu, den Beginn solcher Zinsen unter den angegebenen Voraussetzungen überhaupt auszuschliefsen. Im übrigen ist für das Verständnis der römischen Auffassung das Schwanken der Meinungen, wie es aus der dem Titel: de administratione et periculo tutorum entnommenen Stelle hervorgeht, sehr beachtenswert[2]).

Darüber, dafs der Lauf der Konventionalzinsen durch Annahmeverzug nicht beendet werde, ist, soweit wir sehen, bei den Römern ein Dissens der Meinungen nicht hervorgetreten[3]). Während bezüglich der gesetzlichen Zinsen recht wohl ein jeder der beiden hier möglichen Standpunkte — der eine sieht die Zinsen als eine Entschädigung für den dem Gläubiger entzogenen Geldgenufs, der andere als Gegenleistung für den Geldgenufs des Schuldners an — vertreten werden kann, ist hinsichtlich der vertragsmäfsigen Zinsen doch eigentlich nur der letztere rationell. Der typische Fall vertragsmäfsiger Zinsen sind die für ein Darlehn zu zahlenden[4]).

---

1) Dafs sowohl die l. 1 § 3 D. 22, 1 als das Fragment 28 § 1 D. 26, 7 sich mit der Frage des Aufhörens der Zinsverbindlichkeit beschäftigt, geht aus den Worten: ex eo tempore non praestabit usuras in der ersten und den Worten: usuras praestare non debet ex quo optulit pecuniam der letzteren Stelle hervor.

2) Vgl. Kohler S. 383.

3) Vgl. l. 7 D. 22, 1; c.c. 6, 19 C. 4, 32.

4) Dementsprechend hat das preufsische allgemeine Landrecht die Lehre von den Zinsen in den vom Darlehn handelnden 7. Abschnitt des Tit. 11 T. I aufgenommen.

Wie nun richtiger Ansicht nach bei Sach- und Arbeitsmiete das Mietsgeld nicht sowohl Entschädigung für den dem Vermieter entzogenen Gebrauch der Sache oder seiner Arbeitskräfte ist, sondern sich als Äquivalent für den dem Mieter gestatteten Gebrauch darstellt, wie am klarsten erhellt, wenn man an die auch in Rom nicht unbekannt gewesenen Verhältnisse des Eigentümers eines Zinshauses oder an die eines sein Geschäft im Grofsen betreibenden Entrepreneurs denkt, ebenso ist der Zins bei dem sich als Kapitalsmiete, wirtschaftlich wenigstens, qualifizierenden Darlehn nichts anderes, als Äquivalent für den Gebrauch des Kapitals. Hieraus folgt, dafs, solange der Schuldner noch die Geldsumme zu nutzen in der Lage ist, die vertragsmäfsige Zinspflicht fortdauert, mit der Wirkung, dafs nicht schon die mora creditoris, sondern erst die Hinterlegung des Kapitals den Zinsenlauf zum Stehen bringt, und es darf als ein Beweis des bewundernswerten juristischen Taktes der Römer angesprochen werden, dafs sie in dieser Hinsicht nicht geschwankt haben.

Auf demselben Standpunkt steht die grofse Mehrzahl der modernen Kodifikationen und Entwürfe. Abgesehen von einigen, welche, wie das sächsische bürgerliche Gesetzbuch in § 750 und das Züricher Gesetzbuch in § 960, den Lauf der Zinsen bereits mit dem Abnahmeverzuge enden lassen, hat im übrigen die Gesetzgebung daran festgehalten, dafs die Verzinsungspflicht nicht früher aufhöre, als mit dem Moment der Deposition als demjenigen Zeitpunkt, von welchem ab der Schuldner sich nicht mehr im Genufs des geschuldeten Kapitals befindet. Dieser Standpunkt der modernen Gesetzgebung erhellt daraus, dafs die Hemmung des Zinsenlaufs unter den Wirkungen des Annahmeverzuges regelmäfsig nicht aufgeführt

wird[1]. Mit KOHLER[2] in dieser Beziehung im Hinblick auf die erwähnten abweichenden Gesetzbücher an einen von diesem Schriftsteller auf die Umständlichkeit des modernen Depositionsverfahrens zurückgeführten Umschlag der Rechtsauffassung zu denken, geht sonach nicht an.

---

1) Auch der bayerische Entwurf erwähnt bei Erörterung der Wirkungen der mora accipiendi ein Aufhören der Zinspflicht nicht. Dennoch behaupten die Motive zu Art. 134 u. 137 die Hemmung der Zinsverbindlichkeit, und zwar aus dem Grunde, weil der Gläubiger die Schuld trage, dafs der Schuldner sich durch rechtzeitige Erfüllung von Zahlung der Zinsen nicht befreien könne. Es hat jedoch weder der Satz der bayerischen Motive in dem Entwurfe selbst einen zureichenden Ausdruck gefunden, noch auch kann zugegeben werden, dafs jener Satz von selbst aus dem in den bezeichneten Motiven statuierten Schadensersatzprinzip folge.

2) S. 384.

Drittes Kapitel.

Fall des Verzuges des Gläubigers bei Vornahme einer Wahl.

§ 8.

Die zur Lösung der Obligation notwendige Mitwirkung des Gläubigers besteht nicht immer nur in der bloſsen Empfangnahme des Leistungsobjekts, sondern erfordert, wie wir wissen, vielfach gewisse Vorbereitungshandlungen. Zweck derselben ist in der Regel die notwendige Individualisierung des Leistungsobjekts, und in dieser Richtung ist von besonderer praktischer und theoretischer Bedeutung die zu treffende Auswahl bei Wahlobligationen. Steht diese dem Gläubiger zu, so liegt es auf der Hand, daſs der Schuldner im Falle verzögerter Annahme nicht ohne weiteres zu jenen Rechtsbehelfen, welche ihm sonst Freiheit von der custodia-Pflicht verschaffen würden, schreiten kann, da eine res certa, welche zu derelinquieren, hinterlegen oder für Rechnung des Gläubigers zu verkaufen wäre, eben nicht vorliegt. Es fragt sich, ob resp. wie hier nach Maſsgabe des geltenden Rechts dem Schuldner geholfen werden kann.

Die Lösung dieser Frage bietet keine Schwierigkeiten vom Standpunkt jener Lehre aus, welche den Gläubiger

schlechthin und unter allen Umständen für verpflichtet zur Acceptation erachtet; denn ist der Gläubiger zur Annahme verpflichtet, kann er hierzu im Wege der Klage gezwungen werden, und gehört ferner zur Acceptation, wie ebenfalls bereits erörtert, ein dem Leistungsakte notwendigerweise vorhergehendes Thätigsein des Gläubigers, so ist offenbar auch das letztere durch Klage erzwingbar [1]). Da jedoch eine Annahmepflicht des Gläubigers abgelehnt werden mufs, ist auch die Möglichkeit einer Nötigung des Gläubigers zur Vornahme der Wahl durch Klage als prinzipielle und für alle Fälle allgemein gegebene Befugnis des Schuldners zu verneinen, wobei die Frage, ob, wenn auch nicht für alle, so doch für gewisse Kategorien obligatorischer Rechtsverhältnisse eine Klage gegeben sei, noch dahingestellt bleiben kann.

Unter Zugrundelegung der in den Fragmenten 6, 7, 8 pr., 13 § 1 D. 33, 5 getroffenen Bestimmungen lehrt Mommsen, dafs der Schuldner berechtigt sei, bei Gericht gegen den in Ausübung der Wahl säumigen Gläubiger eine Fristsetzung zu beantragen, mit der Mafsgabe, dafs bei Nichtinnehaltung dieser Frist der Gläubiger den Verlust des obligatorischen Anspruchs erleide [2]). Es ist jedoch bereits von anderer Seite [3]) darauf hingewiesen worden, dafs die bezeichneten Vorschriften nur auf alternative

---

1) So Römer, Abhandl. aus dem R.R. I S. 148.

2) Mommsen a. a. O. S. 152. L. 8 pr. cit. lautet: Si tibi electio servi et mihi reliqui legati sunt, decernendum est a praetore, nisi intra certum tempus optaveris, petitionem tibi non datu iri.

L. 13 § 1 cit. hat folgenden Wortlaut: Pomponius scribit emtore hereditatis postulante, ut is, cui servi optio legata sit, optet, videndum esse, an praetor ut id faciat cogere debeat legatarium, quemadmodum si heres institutus id postularet, quia potest per heredem id emtor consequi: et quare non possit, non video.

3) Pescatore, die sog. alternative Obligation, S. 257. 258; Bernstein, Zur Lehre vom alternativen Willen. S. 75.

Legate, für welche sie gegeben sind, Anwendung finden können, und dafs es dem Wesen der Obligation widersprechen würde, wenn man diese für das dingliche Vindikationslegat anerkannten Sätze auf die auf Geschäften unter Lebenden beruhenden Obligationen ausdehnen wollte [1]). Der letzterwähnten Anschauung kann nur beigetreten werden. In der That sind jene Vorschriften nur auf Legate anwendbar. Hinsichtlich dieser aber entsteht die Frage, in welcher Weise bei der heutigen Organisation der Gerichte und dem derzeitigen gerichtlichen Verfahren die richterliche Fristsetzung unter dem angegebenen Präjudiz sich vollzieht. Für das geltende deutsche Recht jedenfalls wird man annehmen müssen, dafs im Rahmen des Reichscivilprozesses ein erfolgreicher Antrag auf Bestimmung der Frist nicht denkbar ist. Andererseits aber liegt, was die Länder des gemeinen Rechts anbelangt, kein Grund vor, weswegen nicht der Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit auf Antrag des Testamentserben dem wahlberechtigten Legatar eine Frist zur Ausübung der Wahl setzen sollte. Mit dem Nachweis der Nichtinnehaltung der Frist in der Hand, würde dann der Testamentserbe in der Lage sein, weitere Ansprüche des Legatars abzuwehren.

Von sehr beachtenswerter Seite wird ein Mittel, der beregten Schwierigkeit abzuhelfen, in der Übertragung des Wahlrechts von dem säumigen Gläubiger auf den Schuldner gefunden. In diesem Sinne haben sich insbesondere KOHLER [2]) und DERNBURG [3]) ausgesprochen. Während DERNBURG sich begnügt, zur Begründung seiner Ansicht auf das praktische Be-

---

1) KOHLER a. a. O. S. 360.

2) a. a. O. S. 357 ff.

3) Pand. II § 27; vgl. auch BERNSTEIN a. a. O. S. 73.

dürfnis hinzuweisen, welches eine Rechtslage unerträglich erscheinen liefse, bei welcher der Gläubiger dem Schuldner „das Recht, von seiner Schuld loszukommen, verkümmern könnte“, ein Gesichtspunkt, der natürlich im wesentlichen nur de lege ferenda Bedeutung hat, sucht KOHLER nach einer quellenmäfsigen Basierung.

Zunächst mag soviel hervorgehoben werden, dafs die von KOHLER[1]) citierten Quellenstellen sämtlich das Testamentsrecht betreffen. Wenn nun die Römer hier sich mit einer Übertragung des Wahlrechts zu helfen suchen, so darf angenommen werden, dafs dieser Ordnung der Sache der bekannte favor testamenti, das Bestreben, der testamentarischen Anordnung nach Möglichkeit zu rechtlicher Wirkung zu verhelfen, zu Grunde gelegen hat. So gelangten sie dazu, die Lösung, welche gemäfs der Bestimmung des Testators strikt nicht zu erreichen war, wenigstens auf einem Umwege zu erlangen. Eine Übertragung eines in jenen Einzelentscheidungen etwa zu findenden Prinzips auf die Geschäfte unter Lebenden erscheint aber mit Rücksicht auf die angegebene ratio legis nicht weniger bedenklich, als die von MOMMSEN gewollte Ausdehnung der in l. l. 6, 7, 8 pr., 13 § 1 D. 33, 5 anerkannten Sätze auf die negotia inter vivos. Auch fällt gegen die KOHLERsche Deduktion ins Gewicht, dafs in den von ihm citierten Belegstellen Thatbestände erörtert werden, welche in wesentlichsten Momenten sich von denjenigen rechtlichen und thatsächlichen Gestaltungen unterscheiden, welche in der Lehre vom Gläubigerverzug zur Entscheidung gelangen. Denn nirgends finden wir dort eine Übertragung des Wahlrechts von dem wahlberechtigten Leistungsberechtigten auf den Leistungsverpflichteten, und gerade darum handelt es sich

---

1) c. 3 pr. u. § 1 C. 6, 43; l. 22 § 1 D. 40, 5; KOHLER S. 363.

in unserer Frage[1]). Leugnet man, wie KOHLER es mit Recht thut, eine eigentliche a priori bestehende Mitwirkungspflicht des Gläubigers hinsichtlich der Solution, so haben alle die Rechtsbehelfe und Rechtseinrichtungen, welche dazu dienen, den Schuldner von der fortbestehenden custodia-Pflicht zu befreien oder die Last seiner Verbindlichkeit zu vermindern, durchaus singulären Charakter. Dann aber ist auch jede analoge Anwendung von Vorschriften, welche für andere Fälle gegeben sind, auf die Thatbestände des Gläubigerverzuges bei Alternativobligationen abzulehnen und demnach zu leugnen, dafs die KOHLERsche Entscheidung so quellenmäfsig sei, „als überhaupt eine Entscheidung sein kann, über welche sich die Quellen nicht speciell äufsern“ [2]).

Zweifelhaft kann erscheinen, ob eine Wahlobligation auch in den bereits mehrfach erwähnten aufserordentlich häufig vorkommenden Fällen des Kaufs mit Specifikationsrecht des Käufers vorliegt. Bekanntlich erfolgt in diesen Fällen der Kauf zu einem bestimmten Grundpreise mit der Mafsgabe, dafs dem Käufer das Recht vorbehalten bleibt, die Formen (Dimensionen) der Ware gemäfs einer festen Überpreisskala zu bestimmen, und die Pflicht auferlegt wird, den der gewählten Form entsprechenden Mehrpreis neben dem Grundpreise zu zahlen. Vorliegen kann aber auch, dafs der Käufer aus verschiedenen Grundpreisen zu wählen und daneben die Dimensionen zu specifizieren hat.

---

1) In c. 3 pr. und § 1 C. 6, 43 wird, wenn der Testator das Wahlrecht einem Dritten übertragen hat, falls dieser es nicht ausübt, die Wahl dem Legatar gegeben und, falls mehrere wahlberechtigte Erben oder Legatare sich nicht einigen, dem durch das Los zu Bestimmenden übertragen. In l. 22 § 1 D. 40, 5 aber wird der Fall behandelt, dafs von zwei wahlberechtigten Erben der eine wegen unbekannter Abwesenheit an Vornahme der Wahl verhindert ist. PAPINIAN läfst dann die Wahl des andern Erben allein bestimmend sein.

2) So KOHLER S. 363.

Das Reichsoberhandelsgericht erachtet einen Wahlkauf weder dann als in Rede stehend, wenn dem Besteller nur hinsichtlich der Formen resp. Dimensionen der Ware und nicht auch bezüglich der Qualität derselben und des zu Grunde zu legenden Hauptpreises die Wahl zusteht[1]), noch auch in dem Falle, dafs dem Käufer vorbehalten bleibt, aus mehreren Qualitäten mit verschiedenen Grundpreisen unter gleichzeitiger Bestimmung der Form die Auswahl zu treffen[2]). Während bei dem letztgedachten Thatbestande nach der Praxis des Reichsoberhandelsgerichts eine Mehrheit von Kaufgeschäften vorliegt, unter denen eine Auswahl zu treffen allerdings der Käufer von vornherein gebunden sei, und nur bei Gleichheit des Grundpreises ein alternatives Kaufgeschäft in Frage stehen soll, hat der bezeichnete höchste Gerichtshof in dem Thatbestand eines Kaufs mit Specifikationsbefugnis des Käufers nur bezüglich der Form der Ware einen eine bestimmte Ware (so z. B. 10000 kg Stabeisen I westphälischer Qualität) betreffenden Hauptvertrag und eine Nebenverabredung unterschieden, durch welche sich der Verkäufer verpflichtet, der Ware nach näherer Anweisung des Käufers gegen Erstattung der dafür aufzuwendenden Kosten eine gewisse Form zu geben. Der letzterwähnten Auffassung hat sich das Reichsgericht in der Entscheidung vom 13. Dezember 1893 (Entsch. Bd. 10 S. 100) und haben sich die in den Gründen dieses Urteils citierten Schriftsteller vorbehaltlos angeschlossen.

Da bei dieser Ansicht im Falle des Kaufs mit Specifikationsrecht des Käufers nur in Bezug auf die Dimensionen

---

1) R.O.H.G. Bd. 15 S. 146 ff. (Seuffert, Archiv Bd. 31 Nr. 265); R.O.H.G. Bd. 16 S. 205, Bd. 22 S. 5 ff., Bd. 18 S. 51.

2) R.O.H.G. Bd. 18 S. 49.

der Ware nicht verschiedene Gegenstände alternativ geschuldet werden, sondern lediglich ein Gegenstand in einer vom Besteller zu bestimmenden Form [1]), so leiten aus derselben die angegebenen Autoritäten die Folgerung ab, dafs, da die Form etwas Nebensächliches sei und Gegenstand des Kaufes nur die eine von vornherein bestimmte Ware bilde, der Selbsthülfeverkauf gemäfs Art. 343 H.G.B. ein geeignetes Mittel darbiete, um den Lieferanten der Pflicht weiterer custodia im Falle der als Abnahmeverzug zu begreifenden Säumnis in Vornahme der Specifikation zu entheben. Und zwar ist nach dieser Auffassung die Ware als solche umsoweniger unbestimmt, als die Specifikation nicht erst die Art der zu liefernden Ware feststelle, sondern vielmehr nur eine dem Käufer obliegende Mitwirkung bei der Ablieferung bilde [2]). Es kann jedoch, wie wir meinen, der Auffassung des Reichsoberhandelsgerichts nicht beigetreten werden. Wir halten vielmehr dafür, dafs richtiger Ansicht nach der Kauf mit Specifikationsrecht des Käufers ein alternatives Geschäft darstellt. Allerdings ist zuzugeben, dafs das Wahlrecht des Käufers, sofern den Gegenstand desselben nur die Form der Ware bildet, an recht enge Grenzen gebunden ist. Aber immerhin ist bis zur definitiven Bestimmung der Ware nach allen Richtungen hin eine Wahl erforderlich, und dieser Umstand reicht aus, um den Kauf als alternatives Geschäft erscheinen zu lassen, wenn auch der Stoff der Ware von vornherein feststeht. Wir meinen, dafs man kaum einen Zweifel an dem Vorhandensein eines Wahlkaufs hegen würde, wenn der Käufer die Wahl unter mehreren völlig fertiggestellten, unter sich nur hinsichtlich der Form verschie-

1) So v. Hahn, Zeitschr. f. Handelsrecht Bd. 23 S. 635.

2) R.O.H.G. Entsch. Bd. 22 S. 7.

denen, bezüglich des Stoffs jedoch gleichartigen Gegenständen zu treffen hätte; anders aber dürfte das Geschäft nicht zu beurteilen sein, wenn der zu liefernde Gegenstand als fertige Ware noch nicht vorliegt, vielmehr erst nach Bestimmung des Käufers angefertigt werden mufs. Der Inbegriff der Möglichkeiten, aus welchen die Wahl zu treffen ist, bestimmt sich bei dieser Auffassung nach der vom Verkäufer vorzulegenden Nebenpreisskala, resp. den im Geschäftsverkehr üblichen Formen. Dafs vor der Wahl eine bestimmte Ware nicht vorliegt, erscheint um so evidenter, wenn man erwägt, dafs auch der für die Ware zu zahlende Preis vorher noch nicht feststeht, vielmehr erst durch die Wahl und auf Grund derselben fixiert wird. Diesen Standpunkt nimmt neuerdings auch das Reichsgericht ein[1]). In dem Urteil vom 27. Mai 1892 spricht der höchste Gerichtshof ausdrücklich aus, dafs es nicht geboten sei, „zu unterscheiden, ob die Wahl des Käufers nur die Herstellungsart, insbesondere die Formgebung, oder ob sie auch den Stoff betrifft. Beide Arten von Bestimmung stellen Merkmale fest, welche die lieferbare Ware haben soll, entscheiden also über das Genus der Ware, über Gattung, Art, Unterart.“ Liegt aber in dem gedachten Falle ein einheitliches Geschäft, und zwar ein Alternativkauf vor, so kann es nicht anders sich verhalten, wenn der Käufer nicht nur hinsichtlich der Formgebung der Ware, sondern auch bezüglich des Stoffs, der Art derselben unter verschiedenen einen verschiedenen Grundpreis habenden Sorten zu wählen hat. Zwischen beiden Fällen mit dem Reichsoberhandelsgericht einen Unterschied zu machen, erscheint ohne Grund. Ob die Wahl die Form allein oder auch zugleich den Stoff betrifft, erscheint unerheblich. In beiden Fällen ist

1) Entsch. Bd. 30 S. 102.

mit dem Genus der Ware auch der Preis derselben zu bestimmen. Dafs dies auch die Auffassung des dermaligen höchsten deutschen Gerichts ist, geht aus dem citierten Passus der Reichsgerichtsentscheidung vom 27. Mai 1892 unzweideutig hervor [1]).

Liegt nach Vorstehendem in beiden besprochenen Fällen des Kaufs mit Specifikationsrecht des Käufers ein einheitliches Geschäft mit alternativer Leistungspflicht des Verkäufers vor, so ist für die Anwendung des Art. 343 H.G.B. vor getroffener Wahl mangels Bestimmtheit der Ware kein Raum, in beiden Fällen also giebt Selbsthülfeverkauf mit Übertragung des Specifikationsrechts auf den Ersteher keine brauchbare Lösung [2]). Wenn KOHLER [3]) gleichfalls die hier besprochenen rechtlichen Erscheinungen der Kategorie der Alternativgeschäfte untergeordnet wissen will und so gegen die Argumentation des Reichsoberhandelsgerichts Verwahrung einlegt, so will doch auch er auf Specifikationskäufe, sofern nur die Dimensionen zu bestimmen sind, den Art. 343 H.G.B. zur Anwendung gebracht wissen. Nach seiner Lehre ist für den Selbsthülfeverkauf nur Erfordernis, dafs das Objekt des Gläubigerrechts sich zur öffentlichen Versteigerung eigne; diese Voraussetzung treffe hier aber zu, da die Wahl nur eine unbedeutende Modifikation in der Form betreffe und

---

1) Der etwa zu erhebende Einwand, dafs es bei der hier verteidigten Auffassung an der für einen definitiv abgeschlossenen Kaufvertrag erforderlichen Bestimmtheit des Kaufpreises mangeln würde, würde uns nicht schrecken. Denn in der That ist richtiger Ansicht nach nicht Bestimmtheit, sondern Bestimmbarkeit des Preises Voraussetzung eines gültigen Kaufs, vgl. DERNBURG, Pand. II § 94 Anm. 21 und 22, pr. Privatrecht II § 135. An der Bestimmbarkeit des pretium fehlt es aber gewifs nicht.

2) So auch RÖMER, Abhandl. I S. 143.

3) a. a. O. S. 359.

daher das Stabeisen, das Garn, die Holzbretter, die Quantitäten Blech als eine einheitliche Ware betrachtet werden können, ebenso wie auch die neben dem Grundpreise herlaufenden Überpreise nur als nebensächliche Preiserhöhungen zu betrachten seien. Diese Auffassung weicht von der Ansicht des Reichsoberhandelsgerichts, welche doch bekämpft wird, in der Sache selbst nicht ab. Indem KOHLER auf die verhältnismäfsig geringe Bedeutung der durch das Wahlrecht betroffenen Modifikation in der Form der Ware verweist und demgegenüber die seiner Meinung nach auch ohne Wahl vorhandene Einheitlichkeit und Bestimmtheit des Obligationsobjekts betont, rückt auch bei ihm die die Specifikationsbefugnis des Käufers bestimmende Vereinbarung in die Stelle einer blofsen Nebenabrede, und hat die Wahl selbst keine andere Bedeutung als diejenige einer Manipulation bei thatsächlicher Vornahme des Annahmeakts. Aber wie das Reichsoberhandelsgericht unterschätzt KOHLER die juristische Bedeutung der Wahl als eines Akts, der, wenn er auch nur die Formgebung betrifft, dennoch Merkmale feststellt, die der Ware eigen sein sollen, also die Ware damit erst zur lieferbaren Ware und damit zur Ware im Sinne des Art. 343 H. G. B. erhebt. Schliefslich darf wohl auch darauf Gewicht gelegt werden, dafs der Ersteher bei der Verkaufsselbsthülfe keineswegs an Stelle des obligationsmäfsigen Käufers die Ware erwirbt. Denn der Selbsthülfeverkauf findet statt, um den wirtschaftlichen Wert der Ware zu ermitteln und diesen an ihre Stelle treten zu lassen. Wenn man nun, wie das Reichsoberhandelsgericht dies durchaus zutreffend thut[1]), eine Übertragung des Wahlrechts vom säumigen Käufer auf den Verkäufer ablehnt, so ist, wenn der Ersteher nicht an Stelle

---

1) Entsch. Bd. 15 S. 148, Bd. 18 S. 51.

des morosen Gläubigers die Ware erwirbt, nicht zu erkennen, wie der Verkäufer das ihm selbst nicht zustehende Wahlrecht auf einen dritten soll übertragen können [1]).

Nach alledem wird man nicht fehlgehen, wenn man annimmt, daſs das geltende Recht den Selbsthülfeverkauf bei Geschäften mit Specifikationsrecht des Käufers nicht zuläſst. Wie nun ferner auch die Übertragung des Wahlrechts vom säumigen Gläubiger auf den Schuldner in dem geltenden Recht keine Grundlage findet, so gewähren auch die Partikularrechte dem durch mora des wahlberechtigten Gläubigers in seinen Interessen bedrohten Schuldner kein weitergehendes Recht. Insbesondere verdient es keine Billigung, wenn DERNBURG [2]) auch für das preuſsische Recht den Satz aufstellt, daſs mit dem Verzuge des Gläubigers dessen Wahlrecht untergehe und nunmehr dem Schuldner zustehe. Das preuſs. A. L. R. gewährt weder für diese Aufstellung noch für die Lehre KOCH's [3]), derzufolge bei Verzug des Gläubigers der Richter zu wählen habe, eine gesetzliche Basis [4]).

Nötigt nun das im Vorstehenden dargelegte, im wesentlichen negative Resultat zu dem von DERNBURG so energisch verworfenen Schluſs, daſs das Recht der Chicane des wahlberechtigten Gläubigers wehrlos gegenüberstehe? Wir glauben nicht. Jedenfalls ist der Schuldner in der Lage, den ihm gegen den morosen Gläubiger zustehenden Gegenanspruch (ins-

1) Vgl. WINDSCHEID, Pand. II § 346 Anm. 10.

2) Preuſs. Privatr. II § 29c.

3) Recht der Forderungen I S. 39.

4) Das sächs. b. G.B. verordnet zwar in § 700, daſs, wenn der wahlberechtigte Gläubiger die Wahl nicht vornimmt, dieselbe als vollzogen gilt, wenn er die Leistung eines der mehreren Gegenstände, sei es auch nur teilweise, annimmt; aber eine Verpflichtung zur Annahme der offerierten Leistung, wenn auch nur in dem Sinne, daſs bei Nichtannahme die Wirkungen der mora creditoris ins Rollen kommen, wird auch in diesem Gesetz nicht bestimmt.

besondere auf Zahlung des Kaufpreises) geltend zu machen. Ist dieser Anspruch so beschaffen, daſs den verschiedenen Objekten auch eine Verschiedenheit der Höhe desselben entspricht, so wird allerdings der von Windscheid empfohlene Ausweg, den Gegenanspruch in der dem einen oder andern Objekt entsprechenden Höhe zu erheben, kaum eine Abhülfe bieten. Denn es würde dies zu dem auch von Windscheid durchaus mit Recht abgelehnten Ergebnis führen, daſs das Wahlrecht und zwar auch bezüglich des Leistungsobjekts auf den Schuldner überginge, da in diesem Falle selbstverständlich auch der an sich alternative Anspruch des Gläubigers fortan auf dasjenige Objekt beschränkt sein müſste, welches der vom Schuldner geltend gemachten Gegenforderung entspräche. Richtiger Ansicht nach wird vielmehr bei Alternativobligationen mit der Höhe nach verschiedenen Gegenansprüchen der Schuldner nur berechtigt sein, den Mindestbetrag einzuklagen. Denn soviel ist ihm der Gegenkontrahent jedenfalls schuldig. Und es kann, was insbesondere die Specifikationskäufe anbelangt, in dieser Beziehung keinen Unterschied begründen, ob den Gegenstand der Wahl nur die Formgebung der Ware oder auch zugleich der Stoff derselben bildet, resp. ob ein und derselbe Grundpreis oder mehrere unter sich verschiedene Grundpreise in Frage stehen, da, wie wir wissen, in jedem Falle ein einheitlicher Alternativkauf vorliegt[1]. Hierzu kommt, daſs infolge des

1) Vgl. R.G. Entsch. Bd. 30 S. 102—103. Die Ansicht, daſs der Käufer jedenfalls den niedrigsten von mehreren vereinbarten Grundpreisen fordern dürfe, verteidigt auch Römer a. a. O. S. 148, wenngleich seine Argumentation auf der nicht zu billigenden Aufstellung des Reichsoberhandelsgerichts beruht, daſs, wenn mehrere Qualitäten mit verschiedenen Grundpreisen zur Wahl stehen, der Besteller nicht aus einem bereits perfekten Kauf, sondern zur Abschlieſsung eines von mehreren Käufen verpflichtet sei.

Annahmeverzuges des Gläubigers die Verpflichtung des Schuldners in wesentlichen Beziehungen eine Milderung erfährt, insbesondere insofern, als nunmehr die Gefahr der Sache resp. der mehreren Objekte von dem Gläubiger auf den Schuldner übertragen wird. Bei alledem ist jedoch andererseits nicht zu verkennen, dafs das zu erstrebende Ziel, die Befreiung des Schuldners von jeder Beziehung zum Obligationsobjekt, bei den hier besprochenen Thatbeständen auf dem angegebenen Wege nicht erreicht werden kann. Mag immerhin der Schuldner in der Lage sein, bei Alternativobligationen seinen Gegenanspruch, wenigstens in der Hauptsache, durchzusetzen, so bleibt er, sofern der Gläubiger die Vornahme der Wahl verzögert, wenn auch in vermindertem Grade zur Leistung verpflichtet. Dafs, da nun einmal der Übergang des Wahlrechts auf den Schuldner jeder gesetzlichen Unterlage entbehrt, wenigstens in gewissen Fällen die Heranziehung des Art. 343 H.G.B. und damit der Selbsthülfeverkauf mit Übertragung der Specifikationsbefugnis auf den dritten Ersteher ein aus praktischen Erwägungen zu empfehlendes Auskunftsmittel böte, soll den Anhängern der diesbezüglichen Lehre nicht bestritten werden. Aber es liegt hier eben eine offenbare Lücke im positiven Recht vor, welche durch gezwungene Auslegungen auszufüllen Aufgabe weder der Wissenschaft noch der Rechtsprechung sein kann, eine Aufgabe, zu welcher vielmehr einzig und allein die Gesetzgebung den Beruf hat. Wenn übrigens, abgesehen davon, Römer[1]) der Meinung ist, dafs auch mit Gewährung einer Klage gegen den Gläubiger auf Vornahme der Wahl (Specifikation) zu helfen sei, so werden wir im Verlaufe unserer Darstellung zu prüfen Gelegenheit haben, ob und inwieweit dieser Ansicht beigepflichtet werden kann.

---

1) a. a. O. S. 148.

III.

Wesen des Gläubigerverzuges.

---

§ 9.

Soweit das Recht dem Schuldner gegenüber dem Annahmeverzug des Gläubigers beisteht, reicht es ihm eine doppelte Reihe von Schutzmitteln dar. Es gestattet ihm einmal durch Preisgebung des Leistungsobjekts, Hinterlegung desselben und Selbsthülfeverkauf sich der an sich fortbestehenden custodia-Pflicht zu entziehen, sodann statuiert es zu Gunsten des Schuldners, unabhängig von jenen zur Befreiung von der Aufbewahrungspflicht führenden Behelfen, in wesentlichen Beziehungen ein Nachlassen der obligatorischen Spannung. Wir gelangen nunmehr, nachdem wir Thatbestand und Folgen des Annahmeverzuges erörtert haben, zu der Kardinalfrage der ganzen Lehre, nämlich derjenigen nach dem derselben zu Grunde liegenden rechtlichen Prinzip.

Die namentlich in der älteren Doktrin herrschend gewesene Lehrmeinung begreift mora debitoris und mora creditoris als Zweige eines und desselben Stammes, indem sie sie in mehr oder minder scharf durchgeführter Parallelisierung als Unterarten eines und desselben Begriffs obligatorischer

mora erkennt, Unterarten, welche sich nur danach differenzieren, ob der Grund der Erfüllungsverzögerung auf der Seite des Schuldners oder des Gläubigers liegt. So lehrt WOLFF[1]: „Das römische Recht enthält der Natur der Sache vollkommen entsprechende Bestimmungen über die Frage, wann die Realisierung obligatorischer Verbindlichkeiten, nämlich die Erfüllung von dem zur Leistung Verpflichteten und Annahme von dem Berechtigten verlangt werden darf". Ähnlich führt MADAI[2] aus: „Beide Arten der mora tragen denselben Charakter schuldvoller Verzögerung, und so werden beide, als ihrem inneren Wesen nach einander völlig gleich, von den römischen Juristen behandelt"[3]. Notwendige Voraussetzung dieser Lehre ist die Anschauung, daſs, wie der Schuldner gehalten ist, die Obligation zu erfüllen, d. h. das geschuldete Objekt zu leisten, so der Gläubiger verpflichtet sei, die nach der Natur der Obligation seinerseits erforderliche Mitwirkung zur Lösung des obligatorischen Nexus zu gewähren, d. h. regelmäſsig das angebotene Objekt anzunehmen. Diese Ansicht wird denn auch von den Schriftstellern, welche auf dem Boden der beregten Lehrmeinung stehen, streng festgehalten. Andererseits entspricht es dieser Lehre durchaus, daſs, indem sie auf der Annahme einer obligatorischen Verpflichtung des Gläubigers zur Acceptation des Leistungsgegenstandes beruht, sie eine mora creditoris mit den besprochenen eigentümlichen Wirkungen derselben nur dann als vorliegend erachtet, wenn die Annahmeverzögerung auf seiten des Gläubigers eine schuldhafte ist.

---

1) Von der mora, S. 11.

2) a. a. O. S. 228.

3) Derselben Ansicht huldigende Schriftsteller bei SCHEY S. 14 Anm. 3.

Gegen die Aufstellung, der Gläubiger sei, ebenso wie der Schuldner zur Leistung, so zur Abnahme des Obligationsgegenstandes rechtlich verpflichtet, wenden sich mit Lebhaftigkeit neuere Autoren, wie insbesondere MOMMSEN, KOHLER und SCHEY. Sie kommen sämtlich dahin überein, daſs die Annahme des Leistungsgegenstandes lediglich ein Recht des Gläubigers, nicht aber eine Pflicht desselben sei. Nach MOMMSEN [1]) steht es dem Gläubiger frei, „ob er die Herrschaft, welche das obligatorische Verhältnis ihm einräumt, ausüben will oder nicht“, und KOHLER [2]) stellt die Acceptation eines geschuldeten Gegenstandes auf gleiche Stufe, „wie jede anderwärtige Benutzung eines Vermögensgutes“. SCHEY schlieſslich spricht den Satz aus: „Der Inhalt des einfachen Obligationsverhältnisses ist erschöpft durch das, was das Recht des Gläubigers und die Pflicht des Schuldners ausmacht. Der Gläubiger, der die Leistung nicht entgegennimmt, läſst sein Recht aus der Obligation unbenützt, aber er verletzt keine Pflicht aus der Obligation“ [3]).

Ist unter den genannten Autoren insofern über das Wesen der Annahme Einigkeit vorhanden, so gehen sie im weiteren hinsichtlich des dogmatischen Aufbaues unseres Rechtsinstituts und der damit zusammenhängenden Frage nach den Voraussetzungen seiner Wirksamkeit wesentlich auseinander. Wenngleich MOMMSEN den Gedanken einer Verpflichtung des Gläubigers zur Annahme, wie bemerkt, mit Entschiedenheit ablehnt, nimmt er doch nicht Anstand, die mora creditoris in eine nicht bloſs äuſserliche Zusammenstellung mit der mora debitoris zu bringen. So erklärt es sich wohl, daſs dieser

---

1) S. 134.
2) S. 267.
3) S. 27.

Schriftsteller dazu gelangt, wiewohl er prinzipiell eine Verschuldung als Voraussetzung des Annahmeverzuges leugnet, doch ein subjektives Moment insofern heranzuziehen, als er die Nichtannahme der angebotenen Leistung nur dann für geeignet erachtet, mora creditoris im technischen Sinne zur Entstehung zu bringen, „wenn dieselbe in dem Willen des Gläubigers ihren Grund hat“. Also keine culpa als Voraussetzung dieses Instituts, — aber Ausschliefsung aller Gründe, welche lediglich in äufseren Zufällen bestehen, während auch der entschuldbarste Irrtum des Gläubigers, wenn er der Nichtacceptation der Leistung zu Grunde liegt, die Wirkungen der mora creditoris ins Rollen bringt! Es ist bereits von anderer Seite darauf hingewiesen worden[1], dafs in der Lehre MOMMSENS eine Inkonsequenz liegt, welche um so fühlbarer ist, als MOMMSEN jeden Versuch unterlassen hat, die Ausschliefsung aller nicht in dem Willen des Gläubigers liegenden Gründe aus dem Kreise der Voraussetzungen der mora creditoris zu rechtfertigen. Es ist durchaus zutreffend, was SCHEY hervorhebt: entweder legt man den Wirkungen der mora creditoris das Prinzip der culpa auf seiten des Gläubigers zu Grunde, oder man führt dieselben auf den Zweck zurück, den Schuldner gegen die nachteiligen Folgen des Gläubigerverzuges zu schützen. In beiden Fällen ist kein Raum für die Ansicht, dafs nur eine in dem Willen des Gläubigers gegründete mora den Wirkungen der mora creditoris zum Anknüpfungspunkte diene[2]. Wir werden übrigens im Verlauf unserer Erörterung Gelegenheit haben, auf die MOMMSENschen Aufstellungen zurückzukommen.

In breit angelegter Polemik wendet KOHLER sich gegen

1) SCHEY S. 20 ff.

2) S. 267.

die Auffassung, dafs die Wirkungen der mora creditoris auf das Prinzip einer Pflichtverletzung des Gläubigers zurückzuführen seien. Die Ansicht von der Mitwirkungspflicht des Gläubigers ist nach ihm einer der fundamentalsten Irrtümer in der Lehre des Obligationenrechts[1]. Wir wissen, dafs KOHLER die dem Schuldner gegen den morosen Gläubiger gewährten Rechtsbehelfe als Erfüllungssurrogate nach dem Prinzip auffafst, der Schuldner leiste, was er ohne Mitwirkung des Gläubigers zu leisten imstande sei, und dieser Leistungsversuch, der sich insbesondere bei der Preisgebung und Hinterlegung des Leistungsobjekts als Traditionsofferte darstelle, stehe im Falle des Annahmeverzuges der vollendeten Leistung gleich. Sonach besteht nach KOHLERscher Auffassung das Wesen unseres Rechtsinstituts darin, dafs das Recht dem Schuldner gestattet, statt der infolge der Nichtmitwirkung des Gläubigers unmöglichen Erfüllungsakte Erfüllungssurrogatakte zu setzen, und den Gläubiger zwingt, sich mit den letzteren zu begnügen. SCHEY findet es ohne weiteres einleuchtend, dafs bei dieser Auffassung die Frage, ob zu den Voraussetzungen der mora creditoris eine Schuld auf seiten des Gläubigers gehöre, von vornherein in verneinendem Sinne entschieden ist. Jedenfalls kann in dieser Hinsicht ein Unterschied nicht bestehen, mag es sich nun um die von KOHLER so bezeichneten Erfüllungssurrogate oder um die vom Recht statuierten Folgen des Annahmeverzuges handeln, welche für die Zwischenzeit vom Eintritt der mora bis zur Setzung eines der Erfüllungssurrogatakte die dem Schuldner nachteiligen Folgen der mora des Gläubigers aufzuheben oder wenigstens abzuschwächen bezwecken, und welche ihrerseits einmal in der Verpflichtung des Gläubigers zum Ersatz des auf die

---

1) S. 267.

Sache seit Eintritt des Verzuges seitens des Schuldners gemachten Aufwandes, andererseits in der Anticipation gewisser Wirkungen der Erfüllung bestehen. Denn da der Angelpunkt der ganzen Lehre die Erfüllungssurrogate sind und alle übrigen Wirkungen der mora creditoris nur der Unschädlichmachung jener oben charakterisierten Zwischenzeit dienen, müssen die Voraussetzungen überall die gleichen sein. „Die Befreiung verursacht dem Gläubiger gröfsere Nachteile, als die blofse Erleichterung; läfst das Recht jene zu Ungunsten des schuldlosen Gläubigers eintreten, so mufs es konsequent auch das Minus zu Lasten des schuldlosen Gläubigers eintreten lassen“ [1]).

Ohne bereits hier zu der Frage, ob culpa zu den Voraussetzungen des Gläubigerverzuges zu rechnen sei, Stellung nehmen zu wollen, können wir doch bereits zu einem Urteil über die Gesamtlehre Kohlers gelangen. Diese Lehre steht und fällt mit seiner Auffassung der oben eingehend besprochenen Rechtsbehelfe als Erfüllungssurrogate in dem dargelegten Sinne. Ist es uns nun, wie wir hoffen, gelungen, darzuthun, dafs die Auffassung dieses Schriftstellers keineswegs die Rechtsbehelfe der Preisgebung und der Deposition des Leistungsobjekts, geschweige denn denjenigen des Selbsthülfeverkaufs befriedigend zu erklären geeignet ist, so gelangen wir damit notwendigerweise zu dem Resultat, dafs die Gesamtlehre Kohlers in dieser Materie abgelehnt werden mufs, und dafs wir genötigt sind, die Auflösung dieses Rätsels auf anderem Wege zu suchen.

Auch der Ansicht, dafs mit der Lehre von den Erfüllungssurrogaten die Verneinung der Frage, ob culpa zu den Voraussetzungen der mora creditoris gehöre, ohne wei-

---

1) Kohler S. 416.

teres gegeben sei, können wir nicht ohne Vorbehalt zustimmen. Indem das Recht den Gläubiger im Falle des Annahmeverzuges zwingt, sich statt der obligationsmäfsigen Erfüllungsakte mit Erfüllungssurrogaten zu begnügen, legt es ihm Nachteile auf, die an sich der Obligation widersprechen. Es fragt sich also immer, unter welchen Voraussetzungen der Schuldner durch Setzung der in die Rechtssphäre des Gläubigers so wesentlich eingreifenden Erfüllungssurrogatakte seine obligatorische Haftung zur Lösung zu bringen befugt ist. Also bedarf die Theorie von den Erfüllungssurrogaten der Ergänzung durch ein höheres Prinzip, wenn anders aus den Voraussetzungen der Statthaftigkeit jener Surrogatakte eine Schuld des morosen Gläubigers von vornherein als ausgeschlossen zu erachten sein soll; jedenfalls ergiebt sich aus der KOHLERschen Lehrmeinung der Ausschlufs der culpa nicht selbstverständlich [1]).

In der Ansicht, dafs die KOHLERschen Aufstellungen zu einer Erklärung des Problems der mora creditoris nicht führen, begegnen wir uns mit den Ausführungen SCHEYS. Dieser Schriftsteller fafst die Wirkungen der mora creditoris, nach welchen gewisse sonst obligationswidrige Handlungen und Unterlassungen dem Schuldner nicht zur Schuld angerechnet werden, die Nachteile, welche ihn an sich als Folgen seines Verhaltens treffen würden, ihm nicht zur Last fallen, der dem Gläubiger durch sein Verfahren etwa erwachsene Schaden nicht ersetzt werden mufs, dahin zusammen, dafs der Schuldner durch den Gläubigerverzug nicht „liberiert", sondern gegenüber den Folgen seines den Gläubiger schädigenden Verhaltens „exculpiert" wird [2]). Im unmittelbaren

---

1) Vgl. DEMELIUS, Zeitschr. f. priv. u. öffentl. Recht Bd. 13 S. 460.
2) S. 57.

Anschluſs hieran wird die Frage erörtert, ob die bloſse Thatsache, daſs auf seiten des Gläubigers ein Hindernis der Erfüllung liegt, zur Auslösung der mora-Wirkungen genügt, oder ob vorliegen muſs, daſs der Gläubiger an der Nichterfüllung Schuld trägt. SCHEY findet das Prinzip der „Exculpierung“ in einer Reihe anderer Rechtsverhältnisse wieder und sieht die erwähnte auf die Voraussetzungen der mora creditoris bezügliche Frage als Abzweigung einer verschiedenartige Rechtsverhältnisse betreffenden Frage von allgemeiner Tragweite an. Bei Prüfung dieser Rechtsverhältnisse wird das Resultat gewonnen, daſs die Verantwortlichkeit des Schuldners stets ihre Schranke in dem Verschulden des Beschädigten, nie in der bloſsen Mitwirkung desselben bei Herstellung des schädigenden Faktums findet[1]. Das so erlangte Ergebnis auf die Lehre vom Gläubigerverzug zu übertragen, erachtet SCHEY mangels zwingender Gegenargumente aus den Quellen als unbedenklich zulässig.

SCHEY verhehlt sich nicht, daſs die von ihm verteidigte Theorie ohne die Annahme einer Rechtspflicht, in deren Übertretung der Gläubiger „schuldig werden“ kann, der juristischen Basis entbehren würde. Er lehnt, wie wir wissen, zwar die Aufstellung einer Annahmepflicht des Gläubigers ab, findet aber nichtsdestoweniger eine Pflicht, deren Verletzung auf culpa des Gläubigers zurückgeführt werden kann, in dem allgemeinen neben den speziellen Pflichten und über dieselben hinaus bestehenden Rechtsgebot, niemanden zu schädigen. Dieses allgemeine Rechtsgebot äuſsere sich hier in der Verpflichtung, das Interesse, welches der Schuldner an der Befreiung von seiner Obligation hat, nicht zu verletzen[2].

---

1) S. 65.
2) S. 102 ff.

Dürfen wir unbedenklich mit SCHEY der Ansicht sein, daſs ohne die Annahme einer Rechtspflicht des Gläubigers auch eine culpa desselben als immanenter Bestandteil der mora creditoris nicht zu halten sei, so fällt diese ganze Lehre, sofern die Unverwertbarkeit des praeceptum juris: neminem laede für unsere Frage dargethan werden kann. In der That aber ist in Abrede zu stellen, daſs die von SCHEY gesuchte Rechtspflicht, so wie er sie zu finden glaubt, der culpa-Theorie wie überhaupt der Lehre von dem Gläubigerverzug zur Anknüpfung und zur Grundlage dienen könne. Denn, wenn die Annahme der Leistung, beziehungsweise die Mitwirkung des Gläubigers bei dem Solutionsakt allein in dem Willen desselben steht, wenn also die Annahme resp. Mitwirkung ausschlieſslich ein Recht des Gläubigers ist, so ist eine Rechtsverletzung in dem Falle undenkbar, wenn der Gläubiger von seinem Rechte keinen Gebrauch macht. Es gilt hier die Regel: qui iure suo utitur, neminem laedit. Hierüber kann auch die Deduktion dieses Schriftstellers, derzufolge die in der culpa liegende Pflichtverletzung nicht wesentlich die Verletzung einer konkreten einem subjektiven Recht gegenüberstehenden Verpflichtung, nicht ein Zuwiderhandeln gegen einen Anspruch, sondern gegen eine Rechtsnorm sei[1]), nicht hinwegtäuschen. Gewiſs ist, auch civilrechtliche, Pflichtverletzung allemal Zuwiderhandeln gegen eine Rechtsnorm, aber doch nur insoweit, als aus dieser, d. h. dem objektiven Recht, eine subjektive Befugnis sich ableitet. Einer subjektiven Befugnis aber entspricht stets eine rechtliche Gebundenheit, mithin eine Rechtspflicht auf der Gegenseite, so daſs culpose Pflichtverletzung doch immer zugleich Verletzung einer einem konkreten Recht entsprechenden Pflicht darstellt, ohne eine solche also nicht denkbar ist.

1) S. 101.

Schey sucht seiner Lehre noch durch folgende Argumentation eine Stütze zu geben[1]). Er will nicht bestreiten, dafs die Verweigerung der Zahlungsannahme auf den ersten Blick einfach als die Nichtausübung eines Forderungsrechts erscheine, und die Wahrheit, dafs die Nichtbenutzung eines Rechtes immer gestattet ist, liegt seinen Ausführungen zu Grunde. Andererseits aber verschliefst er sich der Thatsache nicht, dafs das Recht der Obligation zugleich eine Fessel des Schuldners bedeutet, deren Gewicht nicht unbestimmt sein kann, also, wie hinsichtlich der Gröfse und Art der Leistung, so auch bezüglich der Bestimmung ihrer Dauer begrenzt sein mufs. Auf dieser Grundlage lehrt er, dafs der Gläubiger, welcher die Befreiung des Schuldners verzögert, über die Schranken seines Rechtes gerade so gut hinausgehe, wie derjenige, der mehr begehre, als geschuldet sei. Es soll nun nicht in Abrede gezogen werden, dafs der Vergleich des morosen Gläubigers mit demjenigen, der mehr verlangt, als die geschuldete Summe, manches für sich hat. Aber gerade vom Standpunkt der hier bekämpften Theorie aus ist der Vergleich durchaus unglücklich und nur geeignet, die Unhaltbarkeit dieser Lehre zu erweisen. Wer mehr verlangt, als ihm zukommt, befindet sich nicht, wie der morose Gläubiger nach der Lehre Scheys, in blofser Nichtausübung eines Rechtes, er ist durchaus im Unrecht und, soweit er zu viel verlangt, macht er ein Nichtrecht geltend. Soll dieser Vergleich passen, so mufs angenommen werden, dafs auch der die Liberierung verzögernde Gläubiger sich in Ausübung eines Nichtrechts befindet und somit verpflichtet ist, seine Mitwirkung zur Befreiung des Schuldners nicht zu versagen oder wenigstens Selbstbefreiungsakte des Schuldners zu dulden.

---

1) S. 105. 106.

Wir gelangen so zu der von SCHEY so lebhaft bekämpften Annahme einer konkreten Pflicht des Gläubigers, ohne daſs damit allerdings gesagt wäre, daſs diese Pflicht eine unter allen Umständen durch Klage erzwingbare sei. Jedenfalls hat diese Pflicht nichts zu thun mit der allzu luftigen, aus dem Rechtssatz: neminem laede flieſsenden Pflicht, die Interessen des Schuldners zu schonen, wie sie der SCHEYschen Culpatheorie zu Grunde liegt.

Eine konkrete Pflicht des Gläubigers, bei der Erfüllung mitzuwirken, beziehungsweise eine Liberationspflicht desselben will auch DEMELIUS[1]) nicht anerkennen. Auch er sucht die Lösung des Rätsels der mora creditoris in dem Prinzip der Exkulpierung des Schuldners. Dieser Autor meint, daſs Haftung des Schuldners für Diligenz bis zum effektiven Empfang der Leistung seitens des Gläubigers „in abstracto“ auf Grund der Obligation gar nicht begründet sei. „Schuldner haftet von vorneherein nur dafür, daſs er alles thue und nichts unterlasse, was erforderlich ist, damit Gläubiger in die Lage komme, durch Annahme der gebotenen Leistung sich zu befriedigen. Hat Schuldner dieser Anforderung des Rechts Genüge geleistet, so muſs nicht eine an sich begründete weiter gehende Haftung paralysiert, ihm abgenommen, sondern vielmehr nur anerkannt werden, daſs er zu weiterer Diligenz nicht verpflichtet ist.“

Zunächst mag soviel hervorgehoben werden, daſs wir auf Grund der DEMELIUSschen Ausführungen zu dem Begriffe einer Exkulpierung nicht zu gelangen vermögen. Ist der Schuldner auf Grund der Obligation nur insoweit verpflichtet, daſs er alles thue und nichts unterlasse, was erforderlich ist, damit der Gläubiger durch Annahme der Leistung zur Be-

---

1) Zeitschr. f. priv. u. öff. Recht Bd. 13 S. 457 ff.

friedigung komme, so ist jede Diligenzprästierung über die so begrenzte Pflicht des Schuldners hinaus mehr, als er zu thun verpflichtet ist. Es liegt aber auf der Hand, daſs ich keiner „Entschuldigung" bedarf, wenn ich nicht mehr thue, als wozu ich verflichtet bin. Ferner aber meinen wir, daſs der Theorie dieses Schriftstellers vor allen Dingen folgende wichtige Instanz ausschlaggebend entgegensteht. Soll mit dem Satz Ernst gemacht werden, daſs die Obligation den Schuldner nicht sowohl zur Haftung bis zum Empfang verpflichte, als vielmehr zur Leistung mit der Beschränkung, daſs der Gläubiger in die Lage komme, sich durch Annahme zu befriedigen, so würde sich hieraus ein strikter Widerspruch gegen Begriff und Wirkungen der purgatio morae ergeben. Der Verzug des Gläubigers und dessen Wirkungen erreichen ihr Ende, sobald der Gläubiger sich zur Annahme des Leistungsgegenstandes bereit erklärt. In diesem Falle tritt die Obligation wieder in ihre volle, den Schuldner verpflichtende Wirksamkeit, sofern nur nicht auf Grund der mora creditoris ein casus oder ein auf Grund derselben zulässiger Selbstbefreiungsakt des Schuldners intercediert. Offenbar aber wäre die angegebene Folge der purgatio morae undenkbar, wenn die Verpflichtung des Schuldners damit beendet wäre, daſs er alles thut und nichts unterläſst, was erforderlich ist, damit der Gläubiger in den Stand gesetzt werde, durch Annahme Befriedigung zu erlangen. Denn er vermöchte in dem vorausgesetzten Falle den Anspruch des Gläubigers durch den Hinweis darauf, daſs er alles gethan, was er auf Grund der Obligation zu thun verpflichtet gewesen sei, abzuwehren, ein Anspruch des Gläubigers auf Leistung würde mithin der rechtlichen Grundlage entbehren.

Wir gelangen nunmehr zur Darlegung unseres eigenen Standpunktes hinsichtlich der rechtlichen Natur der mora

creditoris. Soviel ist von vorneherein unbestreitbar, dafs a priori eine Pflicht des Gläubigers, das Leistungsobjekt anzunehmen, beziehungsweise die zur Erfüllung erforderliche Mitwirkung seinerseits zu gewähren, regelmäfsig nicht besteht. Es ist ganz unbestreitbar, dafs der Erfüllungsanspruch des Gläubigers auf einer Stufe mit den übrigen Vermögensrechten desselben steht, und wie der Gläubiger nicht gezwungen werden kann, diese zu benutzen, ebenso steht es ihm principiell durchaus frei, ob er die Leistung des Schuldners annehmen will oder nicht. Die Annahme ist mithin an sich durchaus nur ein Recht und nicht eine Pflicht des Gläubigers. Von einem prinzipiellen Recht des Schuldners auf Annahme zu sprechen, ist, wie Kohler zutreffend bemerkt, einer der fundamentalsten Irrtümer der Obligationenlehre.

Dagegen besteht nicht weniger unzweifelhaft ein sehr lebhaftes Interesse des Schuldners daran, zu der durch Gesetz oder Parteiautonomie festgesetzten Zeit von seiner Verpflichtung befreit zu werden. Wie bereits oben mehrfach erwähnt, erheischt die Billigkeit, den Schuldner gegen die lästigen Wirkungen des an sich fortbestehenden obligatorischen Bandes zu schützen. Es darf nicht lediglich in die Hand des Gläubigers gelegt sein, den obligatorischen Schwebezustand und damit die Bindung des Schuldners zeitlich soweit auszudehnen, wie es ihm beliebt. Dieses Interesse des Schuldners, welches wir kurz als dasjenige an Befreiung bezeichnen können, wird seitens des positiven Rechts auf doppelte Weise geschützt. Einmal gewährt das Recht dem Schuldner die Befugnis, sich der an sich fortbestehenden custodia-Pflicht zu entledigen, indem es bei weniger entwickelten wirtschaftlichen Zuständen die Preisgebung des Leistungsgegenstandes, bei verfeinerten wirtschaftlichen Verhältnissen die Hinterlegung der Schuldsumme und den Selbsthülfeverkauf der Sache gestattet. Da-

neben statuiert es ein Nachlassen der obligatorischen Spannung, teils als Ersatz jener Rechtsbehelfe da, wo sie nicht ohne weiteres praktikabel erscheinen, teils als Ergänzung derselben bis zu ihrem Gebrauch, ohne aber eine nachfolgende Zurhandnahme derselben zu gebieten. Ohne Zweifel sind jene Rechtsbehelfe gegenüber dem Nachlassen der obligatorischen Spannung von überwiegender Bedeutung, und zutreffend haben alle Versuche, das Wesen der mora creditoris zu erklären, von ihnen ihren Ausgangspunkt genommen.

Dafs die besprochenen Rechtsbehelfe nicht auf ein Recht des Schuldners auf Annahme seitens des Gläubigers zurückgeführt werden können, steht nach Vorstehendem fest. Es fragt sich aber, ob nicht dennoch auf dieselben die Kategorie eines subjektiven Rechts zur Anwendung gebracht werden kann. Diese Frage glauben wir bejahen zu können und halten folgende Formulierung für brauchbar und zutreffend. Der Schuldner hat ein Recht gegenüber dem Gläubiger, sofern dieser nicht annimmt, innerhalb der vom positiven Recht gezogenen Schranken Selbstbefreiung wirkende Akte zu setzen.

Wenn man allerdings der von IHERING[1]) verteidigten Auffassung beipflichtet, nach welcher Rechte rechtlich d. h. durch Klage geschützte Interessen seien, so wird die Heranziehung des Rechtsbegriffs in unserem Falle auf Beifall kaum rechnen dürfen. Denn ein Klagerecht zur Durchsetzung des von uns supponierten Rechtes ist dem Schuldner nirgends gegeben, wie er eines solchen auch gar nicht bedarf. Aber in der That ist durchaus in Abrede zu stellen, dafs der Begriff der Klagbarkeit zum Wesen des subjektiven Rechts gehöre resp. dieses Wesen ausmache. Es würde zu weit führen

1) Geist des römischen Rechts Bd. III Abt. I §§ 60 ff.

und ist durch die Zwecke dieser Untersuchung nicht geboten, wenn wir an dieser Stelle auf die vielerörterte Streitfrage betreffend das Wesen des subjektiven Rechts eingehen wollten. Soviel aber mag hervorgehoben werden, daſs uns die Auffassung, derzufolge Klagbarkeit integrierender Bestandteil des subjektiven Rechtes ist, das letztere ohne dieselbe also nicht vorhanden ist, durch die Deduktionen BIERLINGS[1]) widerlegt erscheint. Auch dürfte es nicht überflüssig sein, darauf hinzuweisen, daſs die Römer in den Naturalobligationen Fälle subjektiver Berechtigungen aufgestellt haben, bei denen das Moment der Klagbarkeit fehlt. Sofern man nun die klagbare Durchsetzung aus den Begriffsmerkmalen des subjektiven Rechts ausschlieſst, meinen wir, daſs, wie man auch das subjektive Recht definieren mag, ob etwa mit der am weitesten verbreiteten Lehre als eine vom objektiven Recht gegebene oder anerkannte Willensmacht, oder ob man etwa mit BIERLING das subjektive Recht dem Rechtsanspruch gleichstellen will, eine Unvereinbarkeit der aufgestellten Theorien mit der von uns empfohlenen Subsumierung der dem Schuldner gegebenen Selbstbefreiungsbefugnisse unter die Kategorie des subjektiven Rechts nicht vorliegt. Daſs diese Selbstbefreiungsbefugnisse sehr wohl als eine vom objektiven Recht gewährte Willensmacht des Schuldners aufgefaſst werden können, dürfte einleuchtend sein. Aber auch einen wenn auch regelmäſsig nicht im Klagewege durchzusetzenden, ja desselben nicht einmal bedürfenden Rechtsanspruch stellen sie dar. Der Anspruch ist darauf gerichtet, *daſs der Gläubiger den in dem Gebrauch der Selbstbefreiungsbefugnisse liegenden Eingriff in seine Rechtssphäre dulde*[2]).

---

1) Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe, Teil I S. 140 ff., Teil II S. 61 ff.

2) Wenn auch regelmäſsig, wie bemerkt, ein Klagerecht weder

Sind jene gedachten Befugnisse aber in ihrem Inbegriff ein subjektives Recht, so stellt sich dasselbe zugleich als ein obligatorisches Recht dar. Denn es entfaltet seine Wirksamkeit auf dem Gebiete des Obligationenrechts und hat zum Inhalt, dafs der Gläubiger einen Eingriff in ein ihm zustehendes obligatorisches Recht dulden mufs, ohne hinsichtlich der korrespondierenden obligatorischen Pflichten eine entsprechende Erleichterung zu erfahren. Und sowohl das Recht als die entsprechende Pflicht bestehen ausschliefslich unter den durch das obligatorische Band zu einander in Beziehung gesetzten Personen. Wie nun jedem obligatorischen Recht eine obligatorische Pflicht auf der Gegenseite gegenübersteht, so auch hier. Hat der Schuldner unter den erwähnten Voraussetzungen gegenüber dem Gläubiger das Recht, Selbstbefreiung wirkende Akte zu setzen, so ist dieser andererseits verpflichtet, solche Selbstbefreiung wirkenden Akte innerhalb der vom positiven Recht gezogenen Schranken mit der Wirkung zu dulden, dafs dadurch in seine Vermögenssphäre in einer von seinem Willen völlig unabhängigen Weise eingegriffen wird. Die Korrelate Recht und Pflicht ergeben sich uns also bei dieser Betrachtung auch hier. Wir glauben nach alledem nicht fehlzugehen, wenn wir für die Erörterung des Wesens und der Voraussetzung des Annahmeverzuges den Begriff eines Rechtes auf der Schuldnerseite nicht ablehnen.

Durchaus im Einklang hiermit stehen jene Bestimmungen, welche in der oben dargelegten Weise beim Vorhandensein

---

gegeben noch erforderlich ist, so ist doch andererseits sehr wohl denkbar, dafs beim Vorhandensein der sonstigen Voraussetzungen der dargestellte Anspruch auf Duldung von Selbstbefreiungsakten (Hinterlegung, Selbsthülfeverkauf) im Wege der Feststellungsklage (§ 231 C.P.O.) zur Durchsetzung gelange.

der für mora creditoris bestehenden gesetzlichen Voraussetzungen teils eine Laxation der obligatorischen Spannung, teils eine Ergänzung der besprochenen Rechtsbehelfe zum Gegenstande haben. Sie sind gleichsam Begleiterscheinungen jenes Rechts, vermöge dessen der Schuldner in die Rechtssphäre des Gläubigers in der geschilderten energischen Weise eingreifen darf. Einer weiteren Erklärung resp. Unterordnung unter allgemein anerkannte oder gesetzlich fixierte Kategorien bedürfen diese Begleiterscheinungen nicht. Es genügt die Beschreibung ihrer Wirksamkeit und rechtspolitischen Zwecke. Nur soviel mag noch hervorgehoben werden, dafs sie praktisch nicht nur den Interessen des Schuldners, sondern indirekt auch denjenigen des Gläubigers dienlich sind. Denn indem sie ein Nachlassen der obligatorischen Spannung bewirken, auch ohne dafs der Schuldner zu jenen Rechtsbehelfen greift, durch welche er die lästige Pflicht weiterer custodia abzulehnen in der Lage ist, gestatten sie ihm unter Umständen, auf diese Rechtsbehelfe überhaupt zu verzichten, womit selbstverständlich vielfach dem Gläubiger nur gedient sein kann. Die aufserordentliche praktische Bedeutung gerade dieser Seite der Wirksamkeit jener suppletorischen Bestimmungen liegt klar zu Tage.

IV.

Abnahmeanspruch.

---

§ 10.

Es sei uns gestattet, an dieser Stelle noch einmal auf unsere vorstehenden Ausführungen über die Anwendbarkeit des Rechtsbegriffs auf das Problem der mora creditoris zurückzukommen. Wir wissen, dafs der Begriff des subjektiven Rechts insofern zur Erklärung des uns beschäftigenden Problems herangezogen werden kann und mufs, als wir der Ansicht sind, dafs dem Schuldner im Falle der mora creditoris ein Recht gegenüber dem Gläubiger auf Setzung von Selbstbefreiungsakten zusteht und dafs entsprechend der morose Gläubiger verpflichtet ist, diese in seine Rechtssphäre eingreifenden Selbstbefreiungsakte zu dulden. Danach geht das Recht des Schuldners auf ein Thun, die Verpflichtung des Gläubigers auf ein Dulden. So unzweifelhaft damit eine gewisse Ähnlichkeit zwischen den Beziehungen des Schuldners und Gläubigers und den Relationen, wie sie bei dinglichen Rechtsverhältnissen unter den Beteiligten obwalten, hergestellt wird, so haben wir es hier dennoch nur mit einem obligatorischen Recht und einer obligatorischen Pflicht zu thun.

Indem nun aber das Recht allein ein Thun, die Pflicht lediglich ein Dulden zum Gegenstande hat, ist durchaus der Gedanke abzuweisen, dafs die Pflicht des Gläubigers prinzipiell und auf Grund des Obligationsbegriffs auf eine Leistung, nämlich die Setzung des Annahmeaktes, und das korrespondierende Recht des Schuldners auf das Fordern jener Leistung gerichtet sei.

Wenn darüber, dafs bei Obligationen prinzipiell und sozusagen aprioristisch die Annahme der Leistung nur ein Recht, aber keine Pflicht des Gläubigers bildet, nunmehr kein Streit bestehen sollte, so ist der Gedanke einer Annahmepflicht jedoch, soweit es sich um Kauf-Verkauf handelt, sowohl in der Wissenschaft als in der Praxis von höchst beachtenswerter Seite aufgestellt und verfochten worden. Zwar gehört die Prüfung der Frage, ob der Käufer zur Annahme, resp. wie man zu sagen pflegt, zur Abnahme der Kaufsache verpflichtet sei, streng genommen nicht in Erörterungen, welche der Lehre vom Gläubigerverzug gewidmet sind. Immerhin aber ist die Bedeutung, welche die Möglichkeit, den morosen Käufer im Klagewege zur Annahme der Sache zu nötigen, für die Aufhebung der dem Schuldner nachteiligen Folgen des Annahmeverzuges haben mufs, so in die Augen springend, dafs es zweckmäfsig erscheint, auch an dieser Stelle auf jene Frage näher einzugehen.

Die für das römische und gemeine Recht mafsgebende Quellenstelle ist die bekannte l. 9 D. 19, 1:

> Si is, qui lapides ex fundo emerit, tollere eos nolit, ex vendito agi cum eo potest, ut eos tollat.

Mommsen[1]) ist der Ansicht, dafs in dieser Stelle ein gemischtes Geschäft vorliege. Die Rechtsabsichten des Verkäufers seien nicht allein auf den Kaufpreis gerichtet, sondern

---

1) a. a. O. S. 135 Anm.

zugleich dahin, dafs das Grundstück von den den Gegenstand des Kaufs bildenden Steinen gereinigt werde. In der letzteren Beziehung habe denn auch der Käufer ausdrücklich oder stillschweigend eine Verpflichtung übernommen, welche durch die auch Nebenverabredungen umfassende Kaufklage erzwingbar sei. Derselben Ansicht ist WINDSCHEID[1]) und KOHLER[2]). Dieser Ansicht nahe verwandt, wenn auch nicht mit ihr zusammenfallend[3]), ist die Lehre, nach welcher zwar nicht eine bei Abschlufs des Kaufvertrages getroffene Nebenabmachung, wohl aber ein zum mindesten zu der Zeit, zu welcher die Erfüllung des Kaufgeschäfts in Frage steht, vorhandenes Interesse des Käufers an der Abnahme der Ware als Voraussetzung der Klage auf Abnahme zu erfordern sei. Von den Vertretern dieser Lehrmeinung in der Litteratur sei vor allen SINTENIS[4]) genannt. Beifall hat diese Lehre speziell in der Judikatur gefunden und dieser Umstand giebt ihr besondere Bedeutung[5]). Sie bezeichnet auch denjenigen Standpunkt, welchen das Reichsgericht in den das gemeine Recht betreffen-

---

1) Pand. II § 347 Note 1.

2) a. a. O. S. 275.

3) Vgl. hierzu die insbesondere durch ihre sorgfältige Berücksichtigung der Litteratur und Rechtsprechung wertvollen Darlegungen von BARKHAUSEN in der Zeitschrift f. Handelsrecht Bd. 30 S. 33 ff.

4) Civilrecht II § 116 Nr. IV A.

5) BARKHAUSEN in dem vorcitierten Aufsatz führt aufser den Reichsgerichtsentscheidungen Urteile folgender Gerichte, welche in dem im Text angegebenen Sinne ergangen sind, an: des Appellationsgerichts in Wiesbaden v. 1860 u. 1867 (BUSCHS Archiv für Handelsrecht Bd. 18 S. 85 u. 86), des Kreisgerichts in Limburg von 1868 (daselbst S. 87), des Appellationsgerichts zu Leipzig von 1871 (daselbst Bd. 25 S. 247), des Handelsappellationsgerichts in Nürnberg von 1876 (Zeitschr. f. Handelsrecht Bd. 23 S. 568) und des Appellationsgerichts in Celle (daselbst S. 567 und SEUFFERTS Archiv Bd. 32 S. 156), sowie des Landgerichts in Bremen vom 9. November 1882.

den Entscheidungen konstant festgehalten hat, wie aus den Urteilen des höchsten Gerichtshofs Bd. 5 S. 393 und Bd. 30 S. 118 hervorgeht. Wenn der dritte Civilsenat des Reichsgerichts in der Bd. 14 S. 243 ff. abgedruckten Entscheidung auf S. 247 den Satz, dafs eine Klage auf Abnahme nach gemeinem Rechte unzulässig sei, nicht ausdrücklich auf den Fall nicht nachzuweisenden Interesses des Verkäufers beschränkt, so darf dennoch angenommen werden, dafs das erkennende Gericht von der Auffassung des ersten und zweiten Civilsenats in den vorcitierten Urteilen nicht habe abweichen wollen. Die Mitte zwischen beiden referierten Theorien hält die Lehre DERNBURGS[1]), nach welcher eine Verpflichtung zur Abnahme der Ware dem Käufer dann obliegt, wenn zur Zeit des Geschäftsabschlusses ein Interesse des Verkäufers an der Abnahme vorauszusehen war.

Was zunächst die Behauptung anbelangt, dafs die Entscheidung der l. 9 cit. auf einer ausdrücklich oder stillschweigend übernommenen b e s o n d e r e n Verpflichtung des Käufers beruhe, so vermögen wir uns dieser Ansicht nicht anzuschliefsen. Von einer ausdrücklichen Verabredung, dafs dies Feld seitens des Käufers geräumt werden solle, ist in der Stelle nichts gesagt, wir halten uns aber nicht für berechtigt, den durch das Fragment gegebenen Thatbestand in der angegebenen Richtung zu ergänzen. Es sollte, wie wir meinen, nicht in Zweifel gezogen werden, dafs der Jurist ein so wesentliches Thatbestandsmoment, wie die ausdrückliche Verabredung der Räumung, gewifs hervorgehoben haben würde, wenn es für die Entscheidung darauf ankäme. Wie ferner eine stillschweigende Übernahme der Räumungsverpflichtung

1) Pand. II § 97.

gedacht werden soll, ist nicht abzusehen[1]), es müfste denn eine stillschweigend übernommene Verpflichtung in dem Falle als vorliegend zu erachten sein, wenn bei Abschlufs des Vertrages ein Interesse des Verkäufers an der Abnahme bestand und für den andern Teil erkennbar war[2]), ein Gesichtspunkt, welcher, wie bemerkt, für DERNBURG der entscheidende ist. Allein das Interesse als solches reicht ohne Unterstellung einer im Kaufgeschäft an sich liegenden Verpflichtung nicht aus, um einen Abnahmeanspruch des Verkäufers begründet erscheinen zu lassen. Durchaus zutreffend verwahrt sich BARKHAUSEN gegen den allgemeinen Satz, dafs, wenn jemand einem andern ein Recht einräumt und dabei zu erkennen giebt, wie erwünscht es ihm sei, wenn der andere Teil das ihm eingeräumte Recht auch ausübe, der Erwerber damit die Pflicht der Ausübung jenes Rechts überkomme, und zwar würde, wie wir hinzusetzen dürfen, jener Satz keinen Beifall verdienen, selbst für den Fall, dafs es gelänge, ein objektives Interesse des Schuldners an der Ausübung des Rechts nachzuweisen.

Auf Grundlage dieser Erwägungen gelangen wir zu dem Resultat, dafs wir auch der in der Praxis herrschenden Lehre, welche an „ein besonderes" Interesse des Verkäufers die Abnahmeverpflichtung des Gegenkontrahenten knüpft, nicht beitreten können. Das besondere Interesse des Verkäufers als solches kann weder nach dieser Auffassung noch, sofern man es in die Form einer stillschweigenden Verabredung prefst,

---

1) Über das Mifsliche einer scharfen Unterscheidung zwischen ausdrücklichen und stillschweigenden Willenserklärungen vgl. HARTMANN, Archiv f. civil. Praxis Bd. 72 S. 161 ff.; PININSKI, der Thatbestand des Sachbesitzerwerbes Bd. II S. 442; HIRSCH, Prinzipien des Sachbesitzerwerbes und -verlustes S. 600.

2) Vgl. hierzu BARKHAUSEN a. a. O. S. 43.

ausreichend erscheinen, um eine Klage auf Abnahme zu begründen. Hierfür bedarf es einer anderen Grundlage, und diese kann, da eine ausdrückliche Verabredung in der die sedes materiae bildenden Quellenstelle nicht bezeugt wird, nur in dem Kaufvertrage als solchem gefunden werden.

Wenn sonach weder eine ausdrückliche oder stillschweigende Parteiverabredung noch der Nachweis eines besonderen Interesses Voraussetzung der Klage auf Abnahme bildet, diese Klage vielmehr aus dem Verkaufsvertrage als solchem sich ableitet, so sind wir andererseits auch nicht der Ansicht[1]), daſs l. 9 cit. auf den Erwägungen beruht, wie es den Intentionen der Kontrahenten beim Kauf entspreche, daſs der Käufer zur Abnahme der Sache jedenfalls dann verpflichtet sei, wenn der Verkäufer ein (wenn auch erst nach Abschluſs des Vertrages entstandenes) Interesse an der Abnahme habe. Nicht die mehr oder minder deutlich erkennbaren Intentionen der Parteien, wie sie in mehr oder minder zahlreichen Fällen beim Abschluſs eines Kaufvertrages vorliegen, bilden unseres Dafürhaltens den Ausgangspunkt der l. 9 D. 19, 1, sondern die Entscheidung dieses Fragments entspringt praktischen Bedürfnissen und dem sicheren praktischen Takt der Römer. Zur Zeit des Pomponius, aus dessen Sabinus-Kommentar die Stelle entnommen ist, erschien der Gebrauch des ältesten Mittels, welches dem Schuldner bei mora creditoris gegeben war, nämlich der Dereliktion der Sache, wie wir wissen, bereits „gefährlich“. Andererseits verdankt der Selbsthülfeverkauf, wie ebenfalls oben bereits hervorgehoben, seine Entstehung dem späteren Recht, und die thatsächliche Schwierigkeit der Zuhülfenahme des Rechtsbehelfs der Deposition bei anderen Fällen, als Geldschulden, und zumal bei einem

1) So Barkhausen a. a. O. S. 44.

Thatbestand, wie dem in der Pomponischen Stelle behandelten, leuchtet ein. Da mag dann der römische Jurist den Ausweg gewählt haben, dafs er, unbekümmert um die starre Konsequenz der Begriffe Gläubigerrecht und Schuldnerpflicht, in dem besonders praktischen und eines die Schwächen jener Selbstbefreiungsmittel ergänzenden Rechtsbehelfs besonders bedürftigen Fall der emtio venditio dem Schuldner geradezu eine Klage auf Abnahme der Kaufsache gewährte. Läfst sich dieser Erklärungsversuch auch nicht strikt beweisen, so darf doch für ihn in Anspruch genommen werden, dafs er nicht ferner liegend und nicht gekünstelter ist, als jeder andere der zur Erklärung der l. 9 cit. gemachten Versuche.

Bei dieser Auffassung verschwindet das Interesse des Verkäufers als Faktor der Zulässigkeit der Abnahmeklage durchaus, und wie das Interesse nicht erforderlich ist als Teil des Klagefundaments, so ist auch ohne Grund und verdient deshalb keine Billigung, wenn BARKHAUSEN gegen die an sich auf den Kaufvertrag allein basierte Klage eine Einrede auf Grund des Nachweises mangelnden Interesses des Käufers an der Abnahme durchgreifen lassen will [1]). Diese These leitet der genannte Schriftsteller aus dem Satze ab, dafs eine Obligation zu ihrer Gültigkeit ein Interesse des Gläubigers erfordere. Dieser allgemeine Satz zugegeben, so darf doch andererseits behauptet werden, dafs nicht am wenigsten beim Kaufvertrage die Frage nach dem Interesse der Kontrahenten am Zustandekommen des Geschäfts nicht aufzuwerfen ist. BARKHAUSEN selbst lehrt, dafs, wenn der Kaufvertrag im allgemeinen gültig ist, sich daraus ergiebt, dafs auch die Verpflichtung des Käufers zur Abnahme der Sache existiert [2]). Macht man mit diesem Satze Ernst, so

1) a. a. O. S. 51—52.

2) a. a. O. S. 51.

ist nicht abzusehen, wie der Einwand mangelnden Interesses den Abnahmeanspruch des Verkäufers beseitigen kann. Er kann dies ebensowenig, wie er dazu führen könnte, dem Lieferungsanspruch des Käufers den Erfolg zu versagen. Gewiſs würde Niemand geneigt sein zuzugeben, daſs, wenn der Käufer bei Abschluſs des Geschäfts ein Interesse an der Lieferung der Sache gehabt, ein objektives Interesse daran nach Ansicht des Verkäufers demnächst aber verloren hat, der letztere, dem aus irgend einem Grunde an Aufhebung des Geschäfts gelegen wäre, der Lieferungsklage des Käufers mit Erfolg den Einwand des auf der Gegenseite mangelnden Interesses an der Lieferung entgegenzusetzen berechtigt wäre. Ohne Frage würde es keinem Richter einfallen, einen in dieser Beziehung angebotenen Beweis zu erheben. Was aber bezüglich des Lieferungsanspruchs des Käufers recht ist, müſste doch hinsichtlich des Abnahmeanspruchs des Verkäufers billig sein, m. a. W. weder positiv als Teil des Klagefundaments noch negativ als Einredegrund verdient das Interesse des Verkäufers an der Abnahme des Kaufgegenstandes in der Struktur des Abnahmeanspruchs irgend einen Platz.

Nichtsdestoweniger sind auch wir nicht geneigt, zu leugnen, daſs dem Abnahmeanspruch des Verkäufers eine Schranke gesetzt sei. Wir finden dieselbe in der exceptio doli generalis. Ob eine solche im heutigen gemeinen Recht praktisch sei, ist bekanntlich bestritten[1]). Allein erwägt man, daſs als der letzte Grund dieser Einrede die Fernhaltung von Chicane, der Ausschluſs der Möglichkeit, Rechte nur aus Laune auszuüben, und um dem Gegner eine Unannehmlichkeit zuzufügen, sich darstellt, so erscheint diese generelle Einrede auch im heutigen Recht als unentbehrlich. Ihre Zulässigkeit dürfte daher mit

1) Vgl. Windscheid, Pand. I § 47 Anm. 7.

DERNBURG und dem Reichsgericht auch für das moderne Recht zu bejahen sein [1]). Dann aber ist auch ihre Anwendbarkeit und eminente praktische Bedeutung speziell für den Abnahmeanspruch des Verkäufers ohne weiteres ersichtlich. Überall da, wo der Verkäufer die Abnahme der Sache nur aus Chicane verlangt, muſs sie zu Gunsten des Käufers durchgreifen. Gewiſs wird Chicane auf Seiten des Verkäufers ohne gleichzeitigen Mangel objektiven Interesses an der Abnahme nicht leicht zu denken sein. Aber der Mangel des objektiven Interesses allein genügt nicht, um den Abnahmeanspruch auszuschlieſsen. Hinzukommen muſs noch ein subjektives Element, welches nicht kürzer bezeichnet werden kann, denn als chicanöses Verhalten.

Bei dieser Auffassung wird sich allerdings, wie zugegeben werden muſs, in den praktischen Konsequenzen eine weitgehende Übereinstimmung mit der von BARKHAUSEN verteidigten Ansicht ergeben. Insbesondere sind die von diesem Schriftsteller angeführten Fälle, bei welchen vor der Klageanstellung ein Verzicht des Käufers auf die Ware unterstellt wird, durchaus zutreffend entschieden. [2]). Aber wie es einerseits zu weit gegangen erscheint, wenn BARKHAUSEN für den Regelfall die Annahmeklage dann cessieren lassen will, wenn der Käufer vor Erhebung der Klage auf die Sache verzichtet hat, so reicht die theoretische Begründung, welche in dem erwähnten Aufsatz der Einrede gegen den Abnahmeanspruch gegeben wird, nicht aus. Es kommt vielmehr darauf an, ob „in ea re nihil dolo malo actoris factum est“ [3]).

Wie nun die Annahme im Sinne der Lehre vom Verzuge

1) Vgl. DERNBURG, Pand. I § 138 a. E.; R.G. Bd. 20 S. 93, Bd. 26 S. 252, Bd. 31 S. 107.

2) a. a. O. S. 53—54.

3) l. 2 § 1 D. 44, 4.

nicht nur die thatsächliche Empfangnahme der offerierten Ware bedeutet, sondern darüber hinaus hierunter jede erforderliche Mitwirkung des Gläubigers bei der Erfüllung der Obligation zu verstehen ist, so ist mit der, wenigstens beim Kauf, zulässigen Klage auf Annahme der Sache jede zur Lösung der Obligation erforderliche Thätigkeit des Käufers zu erzwingen, selbst wenn diese Thätigkeit nur dazu dient, die Erfüllung vorzubereiten. Hieraus ergiebt sich unter anderem die wichtige Folgerung, dafs bei Spezifikationskäufen die Vornahme der Spezifikation erzwungen werden kann. Denn die Spezifikation der Ware ist vom Standpunkt der Erfüllungslehre aus nichts als eine die Solution vorbereitende Handlung des Gläubigers. Diese Rechtslage hat die im Interesse des Verkäufers wünschenswerte Folge, dafs er sich mit dem ihm unzweifelhaft gegen den Käufer zustehenden Anspruch auf den Mindestpreis zu begnügen nicht gezwungen ist. Der von uns hervorgehobene Mangel, bei Spezifikationskäufen nicht zum Selbsthülfeverkauf schreiten zu können, findet nach Vorstehendem eine in ihren Wirkungen vom Standpunkte des Interesses des Verkäufers aus nicht zu unterschätzende Ergänzung.

Wie das gemeine Recht, stehen auch die Partikularrechte zum grofsen Teil auf dem Standpunkt, die Klage auf Abnahme der verkauften Sache gegen den Käufer zuzulassen, so das österreichische b. G. B. in § 1062, das schweizerische Bundesgesetz über das Obligationenrecht in Art. 260 und schliefslich auch das preufsische A.L.R. in § 215 A.L.R. I. 11. Freilich ist diese Ansicht speziell bezüglich des preufsischen Rechts nicht ohne Anfechtung geblieben.

DERNBURG[1]) ist entsprechend seiner gemeinrechtlichen

1) Pr. Privatrecht 4. Aufl. § 150 Nr. 3.

diesbezüglichen Lehre dafür, dafs eine Abnahmeverpflichtung des Käufers nur bestehe, wenn auf eine solche die Absicht der Kontrahenten gerichtet sei, und LABAND[1]) will den § 215 A.L.R. I. 11 nur dahin verstanden wissen, dafs die Folgen des Abnahmeverzuges ausschliefslich in den §§ 216—220 A.L.R. I. 11 normiert seien, aus welchen eine Klage auf Abnahme der Ware nicht abgeleitet werden könne. Einer entsprechend restriktiven Interpretation sind nach LABAND die angeführten Bestimmungen des österreichischen und schweizerischen Gesetzes zu unterwerfen. Allein von der von DERNBURG gewollten Beschränkung enthält der § 215 A.L.R. I. 11 ebensowenig etwas, wie die l. 9 D. 19, 1. Wie hier, wird man auch im preufsischen Recht jene Beschränkung fallen lassen müssen[2]), und bedarf es kaum noch der Heranziehung der vom Reichsgericht in Bezug genommenen, übrigens für jedes Recht gültigen Vorschrift[3]) des § 270 A.L.R. I. 5, wonach Verträge regelmäfsig in ihrem vollen Umfange zu erfüllen sind. Und die Auffassung LABANDS erscheint gegenüber dem Wortlaut der diesbezüglichen Bestimmungen des preufsischen, österreichischen und schweizerischen Rechts, welche sämtlich den Käufer für „verpflichtet“, „verbunden“ zur Abnahme erachten, unhaltbar[4]). Übrigens mag an dieser Stelle auch noch darauf hingewiesen werden, dafs auch der hessische Entwurf in Buch II Titel 1 Art. 21 und der Art. 456 des Dresdner Entwurfs eine Abnahmeverpflichtung des Käufers statuieren. Kaum einer Erwähnung bedarf es, dafs unter diesen Um-

1) Archiv f. civil. Pr. Bd. 74 S. 303 ff.

2) Vgl. R.G. Bd. 26 S. 216, Bd. 29 S. 19.

3) Vgl. l. 1 pr. D. 2, 14: quid tam congruum fidei humanae, quam ea, quae inter eos placuerunt servare?

4) Vgl. ECCIUS Bd. II § 125 Anm. 42 und SPRENGER in GRUCHOTS Beiträgen Bd. 34 S. 595—596.

ständen die aus der Abnahmepflicht des Käufers für das gemeine Recht gezogene besondere Folgerung hinsichtlich der Spezifikationskäufe ganz ebenso auch bezüglich der oben bezeichneten Partikularrechte und Entwürfe anzuerkennen ist. Es erscheint somit durchaus zutreffend, wenn das Reichsgericht in den letztcitierten Entscheidungen für das Geltungsgebiet des preufsischen Rechts dem Spezifikationskäufer die eventuell durch Klage zu erzwingende Verpflichtung, die Spezifikation vorzunehmen, auferlegt. Und wie nach richtiger Lehre der Spezifikationskauf nur ein besonderer Fall der Gattung der Alternativkäufe ist, so erweitert sich die gezogene Folgerung dahin, dafs bei sämtlichen Alternativkäufen ein Anspruch des Verkäufers gegen den Käufer auf Vornahme der Wahl gegeben ist. Ein Unterschied aber besteht in dieser Beziehung zwischen dem gemeinen, preufsischen, österreichischen und schweizerischen Rechte nicht, und wäre auch nicht anzuerkennen gewesen hinsichtlich des Rechts des hessischen und des Dresdner Entwurfs, wenn diese legislatorischen Arbeiten Gesetzeskraft erlangt hätten.

Mit wenigen Worten sei hier noch die Vorschrift des Art. 346 H.G.B. berührt. Art. 346 bestimmt:

> „Der Käufer ist verpflichtet, die Ware zu empfangen, sofern sie vertragsmäfsig beschaffen ist oder in Ermangelung besonderer Verabredung den gesetzlichen Erfordernissen entspricht (Art. 335). Die Empfangnahme mufs sofort geschehen, wenn nicht ein anderes bedungen oder ortsgebräuchlich oder durch die Umstände geboten ist.“

Wenn das Reichsgericht[1]) aus den Worten des § 215 A. L.R. I 11, nach welchen der Käufer die Ware „zu über-

---

1) Bd. 26 S. 216.

nehmen schuldig" ist, für das preufsische Recht die Abnahmepflicht des Käufers ableitet, so ist nicht wohl zu erkennen, weshalb aus den den Käufer zur Abnahme der Ware für „verpflichtet" erachtenden Worten des Art. 346 nicht für den Handelskauf die gleiche Folgerung zu ziehen ist. Für diese Auffassung spricht unzweideutig auch der zweite Satz des citierten Artikels, dessen energische Fassung: „Die Empfangnahme mufs sofort geschehen" nicht ohne Beachtung hätte bleiben sollen, und die Auslassung der Motive zu Art. 346 (203 des preufs. Entwurfs): „Die Bestimmung in betreff der Zeit, zu welcher der Käufer die Ware abzunehmen hat, enthält eine Anwendung des allgemeinen Grundsatzes des Art. 242 auf die Verbindlichkeit des Käufers". Die Erheblichkeit gerade dieses Passus der Motive aber springt um so mehr in die Augen, wenn man erwägt, dafs Art. 242 des Entwurfs (Art. 326 des Gesetzbuchs) eine Norm über die Zeit giebt, zu welcher die Erfüllung einer Verbindlichkeit gefordert werden kann[1]). Überhaupt kann, wie wir meinen, nicht wohl bezweifelt werden, dafs das Handelsgesetzbuch alle Veranlassung hatte, die für den Handelsverkehr so wichtige Frage der Zulässigkeit einer Klage auf Abnahme für das ganze Rechtsgebiet der Geltung des Gesetzbuchs einheitlich und zweifelfrei zu entscheiden. Wenn nun das Gesetzbuch eine Bestimmung, wie diejenige in Art. 346, getroffen hat, so erscheint uns die Auslegung geboten, dafs, was das bürgerliche Recht auch in dieser Beziehung anordnen mag, für den Handelskauf schlechthin die Statthaftigkeit einer Klage auf Abnahme festgesetzt ist. Am wenigsten aber wird man annehmen können, dafs hier die Entscheidung der bezeichneten Frage den Landesgesetzen überlassen worden ist. Die Ent-

---

1) Vgl. Barkhausen a. a. O. S. 56.

scheidungen des Reichsgerichts, welches in allerdings konstanter Praxis[1]) von der letzterwähnten Auffassung ausgeht, dürften sonach der Vorschrift des Art. 346 H.G.B. nicht gerecht werden und den Inhalt dieser gesetzlichen Bestimmung nicht erschöpfen. Indem wir mithin, abgesehen von den Vorschriften des bürgerlichen Rechts, für den Handelskauf allein schon auf Grund des Art. 346 die Zulässigkeit der Klage auf Abnahme bejahen[2]), bedarf es kaum noch der Hervorhebung, dafs wir bei Alternativkäufen auch der Klage auf Vornahme der Wahl, wieder allein schon auf Grund der citierten handelsrechtlichen Bestimmung, den Erfolg nicht versagt sehen möchten. Es erscheint mithin nicht zutreffend, wenn das Reichsgericht in den Urteilen des dritten Civilsenats vom 24. November 1885 (Entsch. Bd. 14 S. 247) und vom 27. Mai 1892 (Entsch. Bd. 30 S. 101) entsprechend der Lehre, dafs nach gemeinem Recht ein Anspruch auf Annahme der verkauften Ware nicht bestehe, auch die Klage auf Spezifikation zurückweist. Denn beide Prozesse betrafen Handelssachen und waren nach handelsrechtlichen Grundsätzen zu entscheiden, und zwar in der hier fraglichen Hinsicht ohne Rücksicht auf die Bestimmungen des Civilrechts, welche unserer Ansicht nach übrigens vorliegend zu demselben Resultat führen mufsten. Andererseits kann von dem hier eingenommenen Standpunkt aus nur das Präjudiz des Reichsoberhandelsgerichts gebilligt werden, welches die Verpflichtung zur Spezifikation, welche dem Käufer vertragsmäfsig obliegt, als einen zulässigen Gegenstand der Verurteilung ansieht[3]). Das Mittel,

---

1) R.G. Bd. 5 S. 393, Bd. 14 S. 247, Bd. 26 S. 216.

2) Vgl. auch Eccius II § 125 Anm. 45; Staub, Kommentar zu Art. 346 § 6a; Barkhausen a. a. O. S. 56 und die dort citierten Urteile.

3) R.O.H.G. Bd. 16 S. 204; vgl. auch Bd. 18 S. 50.

die Verurteilung zur Vollstreckung zu bringen, bietet nach geltendem deutschem Prozeſsrecht der § 774 C.P.O.

Wenn nach alledem sowohl im gemeinen Rechte als auch in zahlreichen Partikularrechten, sowie nach dem besondern für Handelskäufe geltenden Rechte die Zulässigkeit einer Klage auf Abnahme der Ware anerkannt ist, so liegt hierin nicht etwa ein Bruch der Rechtskonsequenz, nichts, was mit dem Prinzip, daſs die Annahme einer Leistung nur ein Recht, nicht eine Pflicht des Gläubigers ist, unvereinbar wäre, sondern nur eine aus praktischen Gründen geschaffene Erweiterung der Verpflichtungen des Käufers.

V.

Voraussetzungen des Gläubigerverzuges.

Erstes Kapitel.

Angebot.

§ 11.

Indem wir nach Erörterung des Wesens und der Wirkungen des Gläubigerverzuges nunmehr erst zur Darlegung der Voraussetzungen desselben übergehen, so rechtfertigt uns bei dieser Anordnung des Stoffes die Erwägung, dafs ohne Klarstellung des Wesens der mora creditoris die Voraussetzungen, an welche ihre Wirkungen gebunden sind, nicht wohl erkannt werden können. Ferner aber betreffen die Zweifel, welche sich an die Voraussetzungen des Gläubigerverzuges knüpfen, zum Teil das Vorhandensein der behaupteten Voraussetzungen selbst, während, was die Wirkungen des Annahmeverzuges anbelangt, in dieser Beziehung im grofsen und ganzen nicht sowohl diese Wirkungen selbst, als vielmehr ihre Unterordnung unter die allgemeinen Rechtskategorien und weitere hieraus zu ziehende Folgerungen zur Debatte stehen. Gewifs ver-

mag unter diesen Umständen die Besprechung der mora-Wirkungen eine geeignete Grundlage für die Erörterung der Voraussetzungen zu bieten.

In dieser Beziehung ist soviel ohne weiteres klar, dafs von einem Annahmeverzug nicht gesprochen werden kann, sofern nicht der Schuldner seinerseits zur Erfüllung bereit ist. Auf dieses Erfordernis weist vor allen Dingen l. 3 § 4 D. 19, 1 hin, woselbst es heifst:

> mora . . . . videtur esse, si nulla difficultas venditorem impediat, quo minus traderet, praesertim si omni tempore paratus fuit tradere.

In l. 39 D. 46, 3 wird der entscheidende Gesichtspunkt mit den Worten hervorgehoben:

> . . . si parato me solvere tu ex aliqua causa accipere nolles.

Bekanntlich geht die herrschende Lehre dahin, dafs die Erfüllungsbereitschaft des Schuldners als solche nicht genüge, um den Gläubiger in Annahmeverzug zu setzen, aufserdem vielmehr eine Erklärung des Schuldners, dafs er jetzt leisten wolle, zu erfordern sei, welche Erklärung als oblatio debiti, Erfüllungsangebot, gefafst wird[1]). Von anderer Seite jedoch wird mit Lebhaftigkeit die Ansicht verfochten[2]), dafs es der oblatio debiti nicht bedürfe, und in dieser Hinsicht nichts anderes zu erfordern sei, als die nach den Umständen zu bemessende Erfüllungsbereitschaft des Schuldners. Die Verfechter dieser Lehre berufen sich insbesondere auf die beiden citierten Fragmente, in welchen, wie unbestreitbar, ein ausdrücklicher Hinweis auf die Notwendigkeit des Angebots der

---

1) Vgl. Mommsen a. a. O. S. 140 ff.; Römer a. a. O. S. 140 ff.; Madai a. a. O. S. 230 und bes. Brinz II S. 311.

2) So Kohler a. a. O. S. 400 ff.; Schey S. 108 ff.

Erfüllung nicht zu finden ist. Die Ausführung MOMMSENS[1]), dafs die citierte dem Titel de actionibus emti venditi entnommene Stelle eine vollständige Aufzählung der Voraussetzungen der mora nicht enthalte, wird ebenso wie die Erklärung, welche dieser Schriftsteller von der l. 39 D. de solut. giebt, derzufolge hier nicht an die blofse Bereitschaft der Erfüllung, sondern an die Erklärung der Bereitschaft zu denken sei, als willkürlich zurückgewiesen[2]). Wir meinen jedoch, dafs die Frage, wie beide Stellen zu interpretieren seien, wesentlich von den Schlüssen abhängig zu machen ist, die im übrigen hinsichtlich dieser Frage den Quellen zu entnehmen sind. Ist aus anderen Quellenzeugnissen das Erfordernis des Erfüllungsangebots mit Bestimmtheit abzuleiten, so werden wir trotz des Wortlauts beider angegebenen Fragmente an diesem Erfordernis als Voraussetzung des Gläubigerverzuges festhalten müssen.

Zunächst mag soviel bemerkt werden, dafs nicht alle Stellen, welche die Verteidiger der herrschenden Lehre für die Notwendigkeit der oblatio debiti ins Feld führen[3]), beweisend sind. Insbesondere erklärt sich die Notwendigkeit des in l. 26 D. 24, 3 erwähnten Angebots daraus, dafs hier von purgatio morae des Schuldners die Rede ist[4]), welche unzweifelhaft Oblation erfordert. Gröfsere Beweiskraft ist auch der l. 7 D. 22, 1 nicht beizumessen. Wenn hier PAPINIAN allerdings die oblatio unter den Voraussetzungen der Unterbrechung des Zinsenlaufs erwähnt, so ist doch die Beziehung nicht zu verkennen, in welche das Angebot zu der nachfolgenden Hinterlegung gesetzt ist, und dasselbe gilt von den

1) S. 141 Anm. 2.

2) KOHLER S. 405—406.

3) Vgl. MOMMSEN S. 140 Anm. 1.

4) Vgl. richtig SCHEY S. 109. Ebenso erklärt sich l. 73 § 2 D. 45, 1.

übrigens nicht vereinzelten Stellen, in welchen von Oblation und Deposition zugleich die Rede ist, wie l. 1 § 3 D. 22, 1; l. 56 D. 17, 1; c. 2 § 2 C. 4, 66; c. 10 § 2 C. 4, 24; c. c. 2, 6, 19 C. 4, 32; c. 3 C. 8, 30. Durchaus entsprechend statuieren l. 1 § 3 und l. 4 § 2 D. 18, 6 die Notwendigkeit einer Denunziation, d. h. eines wörtlichen Angebots der Ware dem Schuldner gegenüber, unter gleichzeitiger Mitteilung, dafs bei Nichtabnahme die Preisgebung bevorstehe, damit die Ware (Wein) ordnungsmäfsig derelinquiert werden könne. Dafs auch der Selbsthülfeverkauf, von welchem l. 1 § 3 cit. spricht, eine vorhergehende oblatio verbalis, resp. denuntiatio erfordert haben wird, werden wir ohne weiteres auf Grund der diesbezüglich für die Dereliktion und Deposition gegebenen Vorschriften annehmen dürfen, wenngleich wir ein direktes Quellenzeugnis nicht besitzen. Wenn hiernach die Zurhandnahme eines der bekannten Selbstbefreiungsmittel an ein vorgehendes, mindestens wörtliches Anbieten des Leistungsobjekts geknüpft ist, so darf allerdings auch aus dieser Rechtsgestaltung kein Schlufs auf die mora creditoris als solche gezogen werden. Es ist an sich durchaus denkbar, dafs, wie die Gegner der herrschenden Lehre behaupten[1]), ein Erfüllungs a n g e b o t nur erforderlich sei, um von den Selbstbefreiungsmitteln Gebrauch machen zu können, ohne dafs dadurch an der Thatsache, dafs mora creditoris selbst lediglich Erfüllungs b e r e i t - s c h a f t voraussetze, etwas geändert werde. Denn in der That würde es begreiflich erscheinen, dafs Mafsregeln, welche zu einer B e f r e i u n g des Schuldners von der custodia-Pflicht führen, bezw. führen können, ein Erfüllungsangebot vorhergehen mufs, während die sonstigen Wirkungen des Gläubigerverzuges, welche im wesentlichen nur in einer L a x a t i o n

---

1) Vgl. Kohler S. 407.

des obligatorischen Bandes bestehen, an jene Voraussetzung nicht gebunden sind.

Dennoch giebt es eine Reihe von Quellenstellen, welche die Notwendigkeit einer oblatio debiti als Voraussetzung des Gläubigerverzuges betonen, und zwar ohne Beschränkung auf Dereliktion oder Deposition. Hierhin gehören insbesondere l. 102 D. 46, 3; l. 9 § 5 D. 13, 7; l. 4 § 1 D. 13, 4; l. 21 D. 12, 1; c. 11 C. 4, 32 und vor allen Dingen l. 30 D. 46, 3 und l. 72 pr. — § 3 D. eod. Allerdings haben die Gegner der herrschenden Lehre auch mit diesen Stellen sich abzufinden gesucht, aber, wie wir meinen, ohne Erfolg. Wie es willkürlich erscheint, wenn Schey[1]) bei c. 11 C. 4, 32 das Requisit der Deposition ergänzen will, so ist es ebenfalls ohne Anhalt in den den Entscheidungen zu Grunde liegenden Thatbeständen, wie dieselben vorgetragen sind, wenn behauptet wird[2]), dafs es sich hier teils um Bringschulden, d. h. solche, die der Schuldner vertragsmäfsig zu bringen habe, handle, teils nach Lage des Falles sich die Erfüllungsbereitschaft des Schuldners nicht anders, als in einem Angebot der Erfüllung habe manifestieren können[3]). Die letztere Erklärungsart wendet Kohler auch in Bezug auf l. 30 D. 46, 3 an, indem er nach dem Vorgang Voigts[4]), wie wir meinen, ohne zureichenden Grund, die Stelle von einem Verfahren in jure versteht, bei welchem der Schuldner sein Geld zahlen, der Gläubiger es nicht annehmen will. Was schliefslich das Fragment l. 72 pr. — § 3 D. de solut. anbelangt, so ist allerdings zuzugeben, dafs die Oblation der Geldstücke, von deren Leistung hier die Rede ist, ganz ohne Rücksicht auf mora des Gläubigers

1) S. 109 Anm. 1.
2) So Kohler S. 406.
3) So Schey S. 109.
4) jus naturale III S. 749 Anm. 1217.

als derjenige Akt erforderlich ist, welcher die Ausscheidung und damit den Übergang der Gefahr der species bewirkt. Allein die Stelle, und speziell auch das Prinzipium derselben, welches SCHEY[1]) in Bezug nimmt, spricht nicht nur von einer generischen Schuld (Geldstücken), sondern auch von einer Verpflichtung, deren Gegenstand ein Sklave ist, und auch in dieser Hinsicht ist die Entscheidung des MARCELLUS keine andere.

Aus alledem ergiebt sich, dafs wir auf Grund der Quellenzeugnisse der Römer an dem Requisit des Erfüllungsangebots als Voraussetzung des Gläubigerverzuges festhalten müssen. Wenn man diese Schlufsfolgerung durch die Erwägung hat beseitigen wollen, dafs die „wirklich eingreifenden“ Quellenzeugnisse von vereinzelten Fällen sprechen und spärlich sind[2]), so kann die Erheblichkeit dieses Einwandes nicht zugegeben werden. Anders als in kasuistischer Weise, d. h. durch Besprechung einzelner Fälle, pflegen die römischen Rechtsquellen die in ihnen bezeugten Rechtsregeln überhaupt nicht vorzutragen, und der Umstand, dafs unsere Quellen, was die Voraussetzungen des Gläubigerverzuges anbelangt, nicht allzu ergiebig sind, reicht nicht aus, um jede positive Schlufsfolgerung aus den wirklich vorhandenen, hier einschlägigen Zeugnissen des römischen Rechts als unstatthaft erscheinen zu lassen. Wenn es wahr ist, dafs die Quellen dazu da sind, „um uns implicite die richtigen Prinzipien zu geben“[3]), so darf, wie wir meinen, gerade unsere Auffassung Anspruch auf quellenmäfsige Begründung mit Recht erheben. Und demgemäfs werden auch die vorcitierten, anscheinend

---

1) a. a. O. S. 109 Anm. 3.

2) So SINTENIS Civilr. II S. 215 Anm. 112.

3) KOHLER a. a. O. S. 401.

der hier vertretenen Lehre entgegenstehenden Fragmente l. 3 § 4 D. 19, 1 und l. 39 D. 46, 3, in welchen auf das paratum esse ausschliefslich Gewicht gelegt zu sein scheint, uns nicht beirren dürfen. Sie werden der übrigens durchaus plausibeln Erklärung MOMMSENS zu unterwerfen sein, dafs die Erfüllungsbereitschaft als eine dem andern Teil gegenüber erklärte Erfüllungsbereitschaft aufzufassen ist. Jedenfalls ist diese Ergänzung des Thatbestandes, wenn es überhaupt eine solche ist[1]), näher liegend und weniger gekünstelt, als diejenigen Ergänzungen, welche die Gegner der herrschenden Ansicht den Fragmenten angedeihen lassen wollen, aus welchen ohne diese Interpretationskünste die Notwendigkeit der oblatio debiti zu folgern ist. Ebenso ist an eine oblatio debiti, eine Erklärung der Erfüllungsbereitschaft, auch in l. 122 § 5 D. 45, 1 zu denken. Wenn SCHEY[2]) unter Bezugnahme auf diese Stelle gegen die Oblationstheorie ausführt, das Anbieten der Erfüllung sei ein einmaliger Akt, der nicht ununterbrochen fortbestehen könne, so ist gegen diese Anführung an sich nichts einzuwenden, aber deswegen bedeuten die Worte: „si non cessasset ex stipulatione pecuniam offerre“ dennoch nicht blofs Erfüllungsbereitschaft. Ein offerre mufs jedenfalls vorliegen, ein ununterbrochenes wird es im Sinne dieses Fragments, wenn demselben dauernde Erfüllungbereitschaft folgt. Und anders sind, wie wir meinen, auch die Worte JUSTINIANS in der vielfach citierten Novelle 91 cap. 2, woselbst von einer Frau die Rede ist, die dotem solvere parata sit vel, quod etiam majus est, faciat, et forte offerat et . . . . deponat, nicht zu verstehen. Nicht blofse Erfüllungsbereitschaft und

1) MOMMSEN a. a. O. S. 141 Anm. 2 weist sehr passend auf die mannigfachen Stellen hin, in welchen auf die blofse Bereitschaft deutende Worte für das Erbieten zum Thun gebraucht werden.

2) a. a. O. S. 108.

oblatio debiti sind hier in Gegensatz gestellt, sondern wörtlich und thatsächlich erklärte Erfüllungsbereitschaft, mit anderen Worten Verbal- und Realoblation, wie insbesondere aus dem Worte: „faciat“ zu folgern ist.

Denn, wenn wir auch zu dem Resultat gelangt sind, daſs die Römer regelmäſsig als Voraussetzung der mora creditoris ein Erfüllungsangebot verlangen, so ist damit doch keineswegs ausgesprochen, daſs dieses Angebot ein thatsächliches sein müsse, es genügt unter Umständen bereits ein wörtliches Anbieten. Mit dieser Ansicht, mit der wir auf dem Boden der herrschenden Lehre verbleiben, geraten wir zu den Quellen um so weniger in einen Widerspruch, als dieselben über die Natur der Erfordernisse der Oblation nichts enthalten. In welchen Fällen das Angebot ein thatsächliches sein muſs, und in welchen Fällen eine oblatio verbalis genügt, richtet sich durchaus nur nach dem Inhalt der Obligation. Bei Entscheidung dieser Frage ist jedoch als Ausgangspunkt der Erwägung festzuhalten, daſs der Schuldner, um die ihm nachteiligen Folgen des Gläubigerverzuges abzuwehren, nicht zu einer für ihn lästigeren Leistung gezwungen sein kann, als er nach dem Inhalt der Obligation an sich hätte auf sich nehmen müssen. So unzweifelhaft der Schuldner in denjenigen Fällen, in welchen er nach der Obligation das Verpflichtungsobjekt dem Gläubiger zu überbringen gehalten ist, somit bei sogenannten Bringschulden, damit die Wirkungen des Gläubigerverzuges sich realisieren, das Objekt dem Gläubiger thatsächlich anbieten muſs, so wenig kann der Schuldner da zu einer oblatio realis genötigt sein, wo der Gläubiger obligationsmäſsig die Sache beim Schuldner abzuholen verpflichtet ist. Bei Holschulden ist mithin nur ein wörtliches Anbieten der Leistung erforderlich. Nicht minder genügt dann eine oblatio verbalis, wenn der Gläubiger in irgend einer

Weise die Handlung des Schuldners vorzubereiten hat. So leuchtet ohne weiteres ein, dafs, wenn der Gläubiger unter mehreren Objekten eine Wahl zu treffen hat, vor derselben ein thatsächliches Anbieten seitens des Schuldners nicht erfolgen kann.

Besondere Beachtung verdient noch der vielfach erörterte Fall, dafs der Gläubiger im voraus erklärt hat, er wolle nicht annehmen. Liegt eine solche Erklärung vor, so werden wir annehmen dürfen, dafs unter allen Umständen, also auch bei Bringschulden, der Schuldner sich mit einer wörtlichen Anbietung begnügen darf. So erklärt das Reichsoberhandelsgericht durchaus zutreffend: „Diese ernstliche antizipierte Abnahmeverweigerung entbindet den Verkäufer von der Verpflichtung der Anwendung fernerer Thätigkeit zur Herbeiführung der Vertragserfüllung, da diese ersichtlich eine nutzlose sein würde“ [1]). Und in der That kann es nicht Aufgabe des Rechts sein, den Schuldner zu einer Handlung zu nötigen, die keine andere Bedeutung haben könnte, als diejenige eines Symbols, wirtschaftlich aber eine arge Belästigung des Schuldners im Gefolge hätte und durchaus zwecklos wäre. Der Einwand des Gläubigers aber, dafs er inzwischen seine Meinung geändert, würde an der Erwägung scheitern, dafs der Gläubiger seine eigene Erklärung gegen sich gelten lassen müfste [2]): Jenem Einwand würde eine replicatio doli generalis entgegenstehen. Dafs die Erklärung des Gläubigers eine ernstliche und bestimmte sein mufs, um die Nothwendigkeit einer oblatio realis auszuschliefsen, und dafs eine „vorläufige Meinungsäufserung“ nicht genügt, worauf WINDSCHEID [3])

1) R.O.H.G. Bd. 10 S. 241; ähnlich Bd. 4 S. 19—20, Bd. 18 S. 336.

2) Vgl. MOMMSEN a. a. O. 144.

3) Pand. II § 345 Anm. 5.

hinweist, erscheint selbstverständlich. Das Erfordernis der Bestimmtheit folgt aus dem Begriff der juristischen Willenserklärung[1]).

Aus vorstehenden Erörterungen ergiebt sich, daſs ein thatsächliches Anbieten der Erfüllung eigentlich nur bei Bringschulden verlangt wird. Bei solchen aber hat die Oblation nicht sowohl Beziehung zur mora des Gläubigers, als vielmehr zu der dem Schuldner obliegenden obligatorischen Leistung. Ist der Schuldner verpflichtet, dem Gläubiger die Sache zu überbringen, so kann ihn dieser Pflicht nur die bestimmte im voraus erklärte Annahmeweigerung des Gläubigers entheben, welche einen weiteren Leistungsversuch als zwecklos erscheinen läſst. Im übrigen aber muſs der Schuldner alles thun, was von seiner Seite zwecks Erfüllung der Obligation erforderlich ist. Als besondere Voraussetzung des Gläubigerverzuges erscheint demnach nur die oblatio verbalis. Sie ist an sich durch die Obligation als solche nicht geboten, ihre in den Quellen bezeugte Notwendigkeit behufs Auslösung der mora-Wirkungen erscheint aber durchaus plausibel. Wenn die Quellen in dieser Beziehung ein den Schuldner doch keineswegs belästigendes Mehr gegenüber seiner vertragsmäſsigen Verbindlichkeit verlangen, nämlich neben der Erfüllungsbereitschaft auch die Erklärung derselben gegenüber dem Gläubiger, so rechtfertigt sich dies aus den in die Rechtssphäre des Gläubigers so erheblich eingreifenden Wirkungen der mora, die eine besondere Interpellation der Gläubigers empfehlenswert erscheinen lassen.

---

1) Dagegen kann auf eine Oblation überhaupt auch in diesem Falle nicht verzichtet werden. Mit Recht wendet sich Mommsen S. 176 gegen die Ansicht, welche Wolff — ebenso Sintenis, Civilrecht II S. 220 — verteidigt, derzufolge in dem im Text gedachten Falle es einer Oblation überhaupt nicht bedürfe.

An der Lehre, dafs prinzipiell und regelmäfsig zu den Voraussetzungen der mora accipiendi ein Angebot der Erfüllung seitens des Schuldners gehöre, hält MOMMSEN mit Entschiedenheit fest. Dennoch will er gewisse Ausnahmen von dieser Regel anerkannt wissen, in denen angeblich mora des Gläubigers auch ohne Oblation zur Entstehung gelangt [1]). Es soll dies der Fall sein bei Abwesenheit des Gläubigers, sodann bei einer nur durch den Gläubiger zu hebenden Unbekanntschaft des Schuldners mit dem Betrage der Schuld, und schliefslich bei Obligationen, welche die Festsetzung eines bestimmten Termins für die Entgegennahme der Leistung enthalten.

Dafs bei Abwesenheit des Gläubigers eine Oblation nicht erforderlich sei, leitet MOMMSEN aus den Worten der c. 6 C. 4, 32:

> absente vero creditrice praesidem super hoc interpellare debueras,

ab. Allein zieht man in Erwägung, dafs die Oblation wenigstens dann, wenn sie Verbaloblation ist, im wesentlichen die Bedeutung einer Erklärung der vorhandenen Erfüllungsbereitschaft hat, so bedeutet „interpellare" in dem citierten Quellenpassus nichts anderes, als die Abgabe der Erklärung des paratum esse zu gerichtlichem Protokoll, da sie dem (abwesenden) Gläubiger gegenüber nicht erfolgen kann. An dem prinzipiellen Erfordernis einer Interpellation im Sinne einer Erklärung der Leistungsbereitschaft, resp., was dem gleich steht, einer Oblation, ist durch c. 6 cit. nichts geändert. Den zweiten Fall ausnahmsweisen Nichterfordernisses der Oblation findet MOMMSEN in c. 4 C. 5, 56 und c. 5 C. 8, 28 begründet. Jedoch auch hier haben wir es mit einer Mafsregel des Schuldners zu thun, welche der Verbaloblation in jeder Be-

---

1) a. a. O. S. 168 ff.

ziehung gleichzustellen ist. Dies erhellt insbesondere aus der c. 4 C. de usur. pupill. In dieser Konstitution wird dem Schuldner geraten, den Gläubiger zur Mitwirkung bei der Rechnungslegung aufzufordern und, wenn diese Aufforderung fruchtlos bleibt, ihn zu einem Liquidationstermin vor das Gericht zu laden. Die Oblation ist hier dem besonderen Thatbestande gemäfs eigentümlich gestaltet, sicherlich aber ist die Aufforderung an den Gläubiger und nachherige Ladung zum gerichtlichen Liquidationstermin ihrem Wesen nach nichts anderes, als Erklärung der Leistungsbereitschaft, somit die Oblation, nur nicht in der Gestalt, wie sie sich in den gewöhnlichen und einfachsten Fällen von Verbindlichkeiten darstellt. Dies kann nur derjenige verkennen, welcher unter Annahme im Sinne der Erfüllungslehre nur die thatsächliche Empfangnahme des Leistungsobjekts und nicht auch, wie allein richtig, jede erforderliche Mitwirkung des Gläubigers bei Erfüllung der Obligation verstehen zu müssen glaubt. Wenn schliefslich MOMMSEN lehrt, dafs da, wo ein bestimmter Termin für die Entgegennahme der Leistung obligationsmäfsig fixiert ist, ein Angebot der Erfüllung sich erübrige, so meinen wir zum mindesten, dafs die Schlüsse, welche MOMMSEN in dieser Hinsicht aus l. 4 § 2 D. 18, 6 ableitet, zu weitgehende sind. Die Stelle[1]) setzt allerdings fest, dafs, sofern eine Zeitbestimmung für das Abholen der Ware getroffen ist, über den fixierten Zeitpunkt hinaus eine Haftung des Schuldners für custodia nicht stattfinden soll, ohne dafs, was für den entgegengesetzten Fall verordnet ist, es einer Denunziation (Verbaloblation) an

1) Sie lautet: Vino autem per aversionem vendito finis custodiae est avehendi tempus. quod ita erit accipiendum, si adjectum tempus est: ceterum si non sit adjectum videndum, ne infinitam custodiam non debeat venditor. et est verius secundum ea, quae supra ostendimus, aut interesse, quid de tempore actum sit aut denuntiare ei ut tollat vinum.

den Gläubiger bedarf. Da es sich jedoch hierbei um eine Ausnahmebestimmung handelt, so halten wir strikte Interpretation für geboten. Demnach werden wir annehmen müssen, dafs, abgesehen davon, dafs die Zulässigkeit von Dereliktion und Selbsthülfeverkauf gemäfs der Bestimmung der l. 1 § 3 D. eod. auch bei fixiertem Abnahmetermin an vorhergehende Denunziation geknüpft ist, ohne eine solche in dem gedachten Falle von den sonstigen Wirkungen der mora creditoris nur die Befreiung von der custodia-Pflicht eintritt, im übrigen also auch bei dem in l. 4 § 2 D. h. t. besprochenen Thatbestande die Wirkungen des Gläubigerverzuges von einer Verbaloblation abhängig zu machen sind.

Im grofsen und ganzen auf demselben Standpunkte, wie das römische und gemeine Recht, stehen die neueren Kodifikationen und Entwürfe. Zwar bestimmt noch das bayerische Landrecht in T. IV cap. 14 § 15 schlechthin, dafs bei Mobilien die Oblation Realoblation sein mufs. Eine gehörig angebotene Leistung verlangt auch das schweizerische Bundesgesetz über das Obligationenrecht in Art. 106. Doch stellt dasselbe der Oblation den Fall gleich, dafs der Gläubiger die ihm obliegenden Vorbereitungshandlungen, ohne welche der Schuldner nicht zu erfüllen imstande ist, ungerechtfertigter Weise verweigert, was offenbar als minimum der in dieser Beziehung an den Schuldner zu stellenden Ansprüche eine vorherige Aufforderung seitens des Schuldners, resp. eine dieser gleichstehende Verbaloblation involviert. Dagegen verlangt das sächsische b. G.B. in § 748 regelmäfsig lediglich wörtliches Anbieten der Leistung; es erfordert Realoblation nur bei Bringschulden und, wenn der Schuldner eine Handlung zu leisten hat, zu welcher er sich bei dem Gläubiger persönlich einzufinden verpflichtet ist. In ganz ähnlicher Weise erfordert der Dresdner Entwurf prinzipiell nur

eine Erklärung der Bereitschaft und beschränkt die Notwendigkeit thatsächlichen Anerbietens auf Bringschulden und den Fall einer Leistung, zu welcher der Schuldner persönlich bei dem Gläubiger erscheinen muſs. (Art. 322.) Der hessische und der bayerische Entwurf äuſsern sich nicht näher über die Art und Weise der Oblation. Der erstere Entwurf verlangt in Art. 246, daſs der Gegenstand der Verbindlichkeit „in pflichtmäſsiger Weise“ angeboten worden sei, der bayerische Entwurf spricht in Art. 128 von „gehörig“ angebotener Leistung.

Einige der citierten legislatorischen Arbeiten sehen in gewissen Fällen sogar von der Notwendigkeit der verbalen Oblation ab. So bestimmt der Dresdner Entwurf in Art. 321, daſs bei im voraus erklärter Annahmeweigerung des Gläubigers es des Anbietens überhaupt nicht bedarf. Der hessische Entwurf läſst Gläubigerverzug bereits dann vorliegen, wenn der Gläubiger ohne gerechten Grund verabsäumt hat, sich zur festgesetzten Zeit am bestimmten Orte zur Empfangnahme der bereitgehaltenen Leistung einzufinden, ebenso dann, wenn er die ihm obliegende für die Leistung erforderliche Vorbereitungshandlung schuldhaft unterlassen hat (Art. 246 und 247). Gesetzliche Sanktion hat der Gedanke, daſs nicht unter allen Umständen auch nur wörtliches Anbieten verlangt werden müsse, in dem sächsischen b. G.B. erhalten. Hier ist in § 749 verordnet, daſs der Gläubiger auch in Verzug kommt, wenn er zur bestimmten Zeit die Vorbereitungen, ohne welche die Obligation nicht erfüllt werden kann, nicht trifft oder sich zur bestimmten Zeit am Orte der Erfüllung nicht einstellt, während der Verpflichtete daselbst zur Erfüllung bereit ist. Offenbar ist in diesen Bestimmungen eine gewisse äuſsere Übereinstimmung mit den Ergebnissen der KOHLERschen Lehre wohl zu konstatieren. Dennoch darf man

den erheblichen inneren Unterschied nicht verkennen. Während Kohler Oblation als Voraussetzung des Gläubigerverzuges prinzipiell ablehnt, gehen das sächsische b. G.B., der Dresdner und der hessische Entwurf nur in ganz bestimmten Fällen aus praktischen Erwägungen unter das Mindestmafs dessen hinunter, was in dieser Hinsicht für den Regelfall erfordert wird [1]).

---

1) Einer Erörterung der Frage, was dem Gläubiger anzubieten ist, zu welcher Zeit und an welchem Orte die Oblation erfolgen mufs, bedarf es hier nicht. Denn jene Fragen stehen nicht sowohl zum Gläubigerverzug im speziellen, als vielmehr zu der allgemeinen Lehre von der Erfüllung der Obligationen in Beziehung, vgl. Windscheid, Pand. II § 345 Nr. 2.

Zweites Kapitel.

Schuld des Gläubigers?

§ 12.

Wenn zur Herstellung des Thatbestandes der mora creditoris die Erfüllungsbereitschaft des Schuldners an sich noch nicht ausreicht, hierzu vielmehr noch die Erklärung der Erfüllungsbereitschaft, welche den Kern der Oblation bildet, treten mufs, so haben wir damit die wesentlichste Voraussetzung der mora accipiendi auf der Schuldnerseite dargelegt. Hinsichtlich der auf der Gläubigerseite erforderlichen Voraussetzungen ist bekanntlich bestritten, ob die Nichtannahme resp. Nichtmitwirkung bei der Solution als solche schlechthin, oder nur, sofern sie eine seitens des Gläubigers verschuldete ist, sich als Thatbestandsmoment des Gläubigerverzuges darstellt. Es ist nun in dieser Beziehung ohne weiteres klar, dafs die Entscheidung der beregten Frage von der Auffassung abhängen mufs, welcher man hinsichtlich des Wesens des Gläubigerverzuges überhaupt folgt. Die Lehre, welche eine der Leistungspflicht des Schuldners entsprechende konkrete Pflicht des Gläubigers zur Mitwirkung bei dem Erfüllungsakt behauptet, handelt durchaus konsequent, wenn sie

die Nichterfülllung jener supponierten Gläubigerpflicht, sofern die erstere auf Umständen beruht, die von dem Willen des Gläubigers unabhängig sind, die Wirkungen der mora creditoris nicht erzeugen läſst[1]). Nicht anders entspricht es vollkommen seiner Auffassung vom Wesen des Gläubigerverzuges, wenn SCHEY[2]) die mora accipiendi an eine Verschuldung des Gläubigers anknüpft. Denn ist, wie er lehrt, die Aufhebung bezw. Minderung der Schuldnerhaftung nicht sowohl auf eine Liberierung, als vielmehr auf Exculpierung des Schuldners zurückzuführen, insofern als der Schuldner von der an sich aus der Obligation entspringenden Haftung für Verzögerung der Erfüllung und Unterlassung der custodia frei werde, wenn die Schädigung des Gläubigers auf dessen eigenem Benehmen beruhe, so kann allerdings nach allgemeinen Grundsätzen nur culpose Nichtannahme der Obligation den Schuldner exculpieren[3]).

Da wir jedoch weder eine generelle Abnahmepflicht des Gläubigers anzuerkennen vermögen, noch auch auf dem von SCHEY verteidigten Standpunkt hinsichtlich des Wesens des Gläubigerverzuges stehen, so können die von den erwähnten Auffassungen aus hinsichtlich der culpa-Frage gewonnenen Resultate für uns nicht bindend sein.

Im Gegensatz zu den beregten Theorien entbehren die hier einschlagenden Darlegungen WINDSCHEIDS[4]) der Konsequenz. WINDSCHEID leugnet eine konkrete Pflicht des Schuldners, die angebotene Leistung anzunehmen; mit dieser Leugnung aber fällt auch die Grundlage für die Aufnahme

1) So MADAI § 36; WOLFF S. 434—436.
2) S. 58 ff.
3) S. 66.
4) Pand. II § 345.

einer culpa des Gläubigers in die Voraussetzungen der mora desselben. Wenn WINDSCHEID ausführt, dafs der Verzug für den Gläubiger Nachteile zur Folge habe, und Nachteile, wo nicht eine unzweifelhafte gesetzliche Bestimmung das Gegenteil verordne, nicht einem Unschuldigen auferlegt werden dürfen, so hat bereits KOHLER durchaus treffend die Unhaltbarkeit dieser Deduktion nachgewiesen[1]). In der That kann nicht nur der Gläubiger, sondern auch der Schuldner sich auf die Erwägungen WINDSCHEIDS stützen. Der Schaden mufs unter allen Umständen entweder von dem Gläubiger oder dem Schuldner getragen werden; kann der erstere sich auf seine Schuldlosigkeit berufen, so liegt kein Grund vor, diese Berufung dem Schuldner zu versagen. Ähnlich steht es mit den diesbezüglichen Ausführungen DERNBURGS. Auch dieser Schriftsteller[2]) macht den Verzug im technischen Sinne von einer schuldhaften Handlungsweise des Gläubigers abhängig. Jedoch stimmt auch bei der DERNBURGschen Darstellung die

---

1) a. a. O. S. 410. — KOHLER selbst lehnt es, wie wir wissen, ab, die mora creditoris an eine Verschuldung des Gläubigers zu knüpfen. Diese Lehre entbehrt allerdings vom KOHLERschen Standpunkte aus nicht der Folgerichtigkeit. Denn da hiernach im Falle des Gläubigerverzuges dem Schuldner gestattet ist, Erfüllungssurrogate zu setzen, indem er thut, was er hinsichtlich der Erfüllung der Obligation ohne Mitwirkung des Gläubigers zu thun in der Lage ist, wäre an sich für die bezeichnete Anknüpfung ein Grund nicht erkennbar. Aber wir haben andererseits oben (S. 174) bereits gesehen, dafs, da dem Gläubiger Nachteile auferlegt werden, die an sich aus dem Obligationsverhältnis nicht entspringen, immer noch die Frage zu lösen bleibt, unter welchen Voraussetzungen dem Schuldner die in die Rechtssphäre des Gläubigers so tief eingreifenden Erfüllungssurrogatakte zu setzen gestattet ist, und dafs, da KOHLER diese Frage zu lösen nicht einmal unternimmt, seine Argumentation nicht ausreicht, um die Unabhängigkeit der mora-Wirkungen von einer culpa des Gläubigers als dargethan erscheinen zu lassen.

2) Pand. II § 43.

beregte Ansicht nicht zu dem Satze, welchen auch Dernburg verficht, nämlich daſs die Annahme der angebotenen Leistung prinzipiell ein Recht und keine Pflicht des Gläubigers ist. Dieser Autor folgert die Notwendigkeit der Verschuldung bei der mora creditoris aus dem Umstande, daſs culpa Voraussetzung bei dem Verzuge des Schuldners bildet. Aber in der That ist es zu bestreiten, daſs, wie Dernburg lehrt, beide Institute parallel laufen. Dies wäre nur dann der Fall, wenn entsprechend, wie bei der mora debitoris eine Leistungspflicht des Schuldners, so bei dem Gläubigerverzug eine generelle Annahmepflicht des Gläubigers verletzt würde, was Dernburg ja, wie bemerkt, eben selbst in Abrede zieht. Nimmt man an, daſs zum Verzuge des Gläubigers culpa desselben zu verlangen sei, so muſs man sich entweder dafür entscheiden, diese culpa als kontraktliche oder als aquilische anzusehen. Kontraktliche culpa kann aber nach Ansicht von Dernburg hier nicht vorliegen, da eben eine vertragsmäſsige Abnahmepflicht, deren Verletzung allein in Frage stehen könnte, geleugnet wird, und zu der Annahme, daſs wir es bei der mora creditoris mit einer auſserkontraktlichen culpa zu thun haben, will nicht stimmen, daſs Dernburg[1]) im Falle der Zurückweisung der angebotenen Leistung Verschuldung unterstellt und dem Gläubiger zur Beseitigung des Vorwurfs der mora die Pflicht auferlegt wissen will, seinerseits Gründe darzulegen, welche ihn entschuldigen. Denn nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen, deren Nichtanwendung auf den vorliegenden Fall zu rechtfertigen nicht versucht wird, muſs derjenige das Vorhandensein aquilischer culpa beweisen, welcher es behauptet, resp. nach Lage der Sache behaupten muſs. Nach alledem erscheint durch die Ausführungen Dernburgs die Not-

---

1) a. a. O. Nr. 3.

wendigkeit von culpa auf seiten des Gläubigers als Voraussetzung des Gläubigerverzuges ebensowenig dargethan, als dieser Nachweis den anderen vorerwähnten Autoren, welche das culpa-Prinzip verteidigen, gelungen sein dürfte.

Eine mittlere Meinung verteidigt MOMMSEN[1]), indem er zwar nicht eine culpa des Gläubigers, wohl aber eine solche Nichtannahme der angebotenen Leistung, welche in dem Willen des Gläubigers ihren Grund hat, als Voraussetzung der mora creditoris erfordert. Im wesentlichen beruht die Ansicht MOMMSENS auf einem Kompromifs, welchen dieser Autor bei Interpretation der Quellen mit sich selbst schliefst. Da er aus den römischen Rechtszeugnissen weder culpa als Voraussetzung des Gläubigerverzuges noch die Lehre, dafs jede Nichtannahme einer gehörig offerierten Leistung die mora-Wirkungen erzeuge, ableiten zu können glaubt, knüpft er dieselben wenigstens insofern an den Willen des Gläubigers an, als er nur einen auf den Willen des Gläubigers basierten Verzug als geeignet ansieht, die bezeichneten Wirkungen auszulösen. Dafs diese rein äufserliche Anknüpfung der den morosen Gläubiger betreffenden Nachteile an den Willen desselben in den sonstigen Vorschriften des römischen Rechts keine Stütze findet und im Rahmen desselben durchaus fremdartig wirkt, nimmt, wie oben bereits hervorgehoben, sofort gegen die MOMMSENsche Theorie ein. Dafs aber auch die Quellen einen Beweis für diese Lehre nicht ergeben, werden wir sofort sehen, indem wir nunmehr zur Erörterung derjenigen Quellenstellen übergehen, welche man zur Klarstellung unserer Frage herangezogen hat.

Zunächst gestehen wir aufser Stande zu sein, in denjenigen Quellenstellen, welche man zur Verteidigung der

1) a. a. O. S. 135. 161.

culpa-Theorie citiert hat, einen stringenten Beweis dafür zu erblicken, dafs die Römer sich um das Warum und Wieso der Nichtannahme seitens des Gläubigers gekümmert haben, wie denn allerdings auch vielfach von den Verfechtern dieser Lehre auf den quellenmäfsigen Beweis kein erhebliches Gewicht gelegt wird. Von den Schriftstellern dieser Richtung sei zunächst ULRICH[1]) erwähnt, welcher die l. 47 § 2 D. 40, 5 und die l. 4 pr. D. 40, 7 auf das Prinzip, dafs nur schuldhafte Nichtannahme den Gläubigerverzug begründe, zurückführt. Allein die erstere Stelle[2]) knüpft, indem sie für den Fall entschuldbarer Abwesenheit (si ... ex iusta causa aberit) zu Gunsten des Rechnungspflichtigen die Legung der Rechnung vor einem vom Gericht ernannten arbiter und die demnächstige Hinterlegung des ermittelten Schuldbetrages nachläfst, die dem Prinzip der mora creditoris entsprechende Abschwächung des obligatorischen Bandes, resp. die Gewährung eines Spezialverfahrens, durch welches der Schuldner sich von der custodia-Pflicht befreien kann, nicht etwa, wie der ULRICHschen Argumentation entsprechen würde, an culpose, sondern an schuldlose Nichtmitwirkung des Gläubigers bei der Solution. Im Fall unentschuldigter Nichtmitwirkung (si latitabit) läfst der römische Jurist über die mora-Wirkungen hinaus vollkommene Befreiung des Schuldners von der Leistungspflicht eintreten. Bei dieser schroffen Abweichung der Stelle von

1) a. a. O. S. 15 Anm. 8.

2) Dieselbe lautet: Si Sticho libertas per fideicommissum data fuerit sub condicione, si rationes reddidisset, et is absente herede paratus sit, reliqua solvere, praetoris officium continetur, ut virum bonum eligat, cujus arbitrio rationes computentur, et pecuniam quae ex computatione colligitur, deponat, atque ita pronuntiet libertatem ex causa fideicommissi deberi. haec autem fieri conveniet, si heres ex justa causa aberit: nam si latitabit, satis erit liquere praetori per servum non stare, quominus condicioni pareat, atque ita pronuntiare de libertate oportebit.

den sonst hinsichtlich der mora und ihrer Wirkungen geltenden Grundsätzen wird man die Stelle als eine ausnahmsweise Bestimmung, aus welcher im übrigen auf die Lehre von der mora Schlüsse nicht gezogen werden dürfen, ansehen müssen. Den Grund der in l. 47 § 2 cit. statuierten Spezialregel wird man, wie wir meinen, teils im favor testamenti, teils in einem bei den römischen Juristen der späteren Zeit nicht seltenen Bestreben, zu Gunsten der Sklavenfreiheit zu entscheiden, zu suchen haben [1]). Einen Fall des Sklavenrechts betrifft auch das zweite von ULRICH in Bezug genommene Fragment. PAULUS empfiehlt in l. 4 pr. D. 40, 7 [2]) dem Schuldner, wenn der Gläubiger in Staatsgeschäften abwesend und daher an der Abnahme verhindert ist, entweder dessen Rückkehr abzuwarten oder die Schuldsumme ordnungsmäfsig zu hinterlegen. Gewifs begründet Abwesenheit in Staatsgeschäften das Thatbestandsmoment schuldloser Nichtannahme. Aber kann die Entscheidung eine andere sein, wenn die Verzögerung der Solution auf einem culposen Verhalten des Gläubigers beruht? Auch in diesem Falle bleibt dem Schuldner schliefslich nichts anderes übrig, als zu deponieren. Wenn daher, welches auch der Grund der Nichtannahme sein mag, das Resultat sich nicht verändert, so wird man unzweifelhaft aus dem in dem Paulinischen Fragment angegebenen Grunde nicht die Erheblichkeit der culpa für den Begriff der mora ableiten können. Bei dieser Auffassung spricht das citierte Fragment eher für die von ULRICH bekämpfte, als für die von diesem Autor verteidigte Ansicht.

1) Vgl. hierzu l. 22 § 2 D. 40, 5.

2) cum heres rei publicae causa abesset et pecuniam statuliber haberet: vel exspectari eum debere donec redeat is, cui dare debet, vel deponere in aedem pecuniam consignatam oportet, quo subsecuto statim ad libertatem pervenit.

Auf l. 37 D. 17, 1 und l. 72 pr. D. 46, 3 stützt DERNBURG seine Ansicht von der culpa des Gläubigers als Voraussetzung der mora creditoris. Was die letztere Stelle anbelangt, so werden wir die Worte: si . . . sine justa causa ea accipere recusavit nach dem Vorgang MOMMSENS[1]) von demjenigen Fall verstehen dürfen, bei welchem die Weigerung ihren Grund in mangelhafter Beschaffenheit der Oblation hatte. Hierfür spricht einmal die Erwägung, dafs eine gerechtfertigte Annahmeverweigerung aus anderen Gründen, als solchen, welche in der Leistung selbst, bezw. ihrem Angebot liegen, gewifs nicht naheliegend erscheint, sodann mag auf l. 39 D. 46, 3 hingewiesen werden, woselbst von einem accipere nolle die Rede ist, zu dessen Exemplifikation Gründe angeführt sind, die auf mangelhafter Oblation beruhen[2]). In diesem Sinne sind, wie wir meinen, auch die übrigen Stellen zu verstehen, in welchen die Nichtannahme auf den dahin gerichteten Willen des Gläubigers zurückgeführt erscheint[3]). Will man aber selbst zu dieser Auslegung sich nicht entschliefsen, so wird man immerhin Schlüsse aus einer Ausdrucksweise der

---

1) S. 163. — Aus der citierten Stelle ist namentlich folgender Passus von Bedeutung: qui decem debet, si ea optulerit creditori et ille sine justa causa ea accipere recusavit, deinde debitor ea sine sua culpa perdiderit, doli mali exceptione potest se tueri, quamquam aliquando interpellatus non solverit. . . . .

2) Das Fragment spricht von dem Fall, si inopportuno tempore vel loco optulerim. SINTENIS II S. 218 Anm. 125 führt als Beispiel an, dafs einem totkranken oder im Gefängnis sitzenden Gläubiger offeriert sei. Wir meinen jedoch, dafs, wenn man überhaupt von dem Erfordernis der culpa beim Gläubigerverzuge absieht, in den von SINTENIS erwähnten Fällen nicht ohne weiteres ungültige Oblation angenommen werden kann, so dann nicht, wenn der Gläubiger für seine Vertretung nicht Sorge getragen hat.

3) Es sind dies insbesondere: l. 30, l. 72 §§ 2 u. 3 D. 46, 3; l. 73 § 2 D. 45, 1; l. 7 D. 22, 1; l. 26 D. 24, 3.

Quellen nicht ableiten können, bei welcher der eben nur regelmäſsige Fall der Nichtannahme, nämlich derjenige, bei welchem dieselbe auf dem Willen des Gläubigers beruht, zur Herstellung des der Erörterung als Anknüpfungspunkt dienenden Thatbestandes gewählt ist. Jedenfalls wäre es zu weit gegangen, aus dem gewählten Beispiel folgern zu wollen, daſs andere Fälle der mora creditoris nicht zu denken sind.

Bezüglich der l. 37 D. 17, 1 schlieſslich wird auf die Bezeichnung sowohl des Schuldner- als des Gläubigerverzuges durch das Wort: frustratio und die Parallelisierung der mora debitoris und der mora creditoris Gewicht gelegt [1]). Allerdings muſs zugegeben werden, daſs frustratio regelmäſsig die Bedeutung einer nachlässigen, saumseligen Verzögerung hat, und so wird man sich der Folgerung nicht entziehen können, daſs auch in der citierten Stelle frustratio in diesem Sinne zu verstehen sei. Aber immerhin darf erwogen werden, daſs auch hier der römische Jurist, wohl veranlaſst durch die Heranziehung der in erster Linie erwähnten mora debitoris, einen Ausdruck gewählt hat, der, während er den Schuldnerverzug durchaus treffend bezeichnet, hinsichtlich des Gläubigerverzuges nur einen hervorragend prägnanten und wichtigen Fall hervorhebt. Keinesfalls scheint uns das Wort „frustratio“ in l. 37 cit. hinreichend wichtig und bedeutend, um hieraus allein die Richtigkeit der eine culpa auf seiten des Gläubigers als Voraussetzung der mora erfordernden Lehre zu folgern, und ebensowenig kann die Parallelisierung der mora creditoris mit derjenigen des Schuldners in dem citierten Fragment allein bestimmend er-

---

1) l. 37 D. 17 1 . . . . nisi forte aut per promissorem steterit, quominus sua die solveret, aut per creditorem, quominus acciperet: etenim neutri eorum frustratio sua prodesse debet.

scheinen, und zwar dies um so weniger, als wir im übrigen, soweit wir sehen, eine Gleichstellung des Gläubiger- und Schuldnerverzuges, die nur im entferntesten für die hier erörterte Frage Beweiskraft haben könnte, in den Rechtsquellen nicht finden. Insonderheit ist nicht zu erkennen, was l. 56 pr. D. 23, 3, welches Fragment SCHEY[1]) in Bezug nimmt, beweisen soll. Die Stelle besagt, daſs, wenn der Gegenstand einer zur dos gehörigen Forderung durch Zufall untergegangen ist, während weder der Schuldner sich eines Leistungsverzuges schuldig gemacht hat, noch auch der Gläubiger in der prozessualischen Geltendmachung der Forderung säumig gewesen ist, der Untergang die Ehefrau trifft, und dasselbe soll der Fall sein, wenn der Ehemann die Beitreibung der Forderung verzögert hat, sofern er nur nachzuweisen im stande ist, daſs der casus das Objekt auch bei ihm betroffen hätte. Wir meinen, daſs es ausreicht, den Inhalt der Stelle wiederzugeben, um ihre Bedeutungslosigkeit für die uns hier beschäftigende Frage klarzustellen.

Wie nun nach vorstehendem die Quellen einen Beweis dafür nicht ergeben, daſs zu den Voraussetzungen der mora creditoris eine Schuld auf seiten des Gläubigers gehöre, so liefern sie andererseits, soweit wir sehen, auch nicht den geringsten Anhalt für die MOMMSENsche Theorie, derzufolge auch ohne subjektive Verschuldung doch das vorliegen müsse, daſs die Verzögerung der Annahme irgendwie im Willen des Gläubigers ihren Grund habe. Von alledem enthalten die citierten Quellenstellen nichts, und es bleibt nur noch die Frage zu erörtern, ob resp. inwiefern wir aus den Quellen die Lehrmeinung, daſs es auf den Grund der Nichtannahme überhaupt nicht ankomme, deduzieren können.

1) S. 80.

In dieser Beziehung werden wir allerdings die Beweiskraft der von den Verteidigern dieser Ansicht besonders lebhaft betonten l. 18 pr. D. 13, 5 nicht allzu hoch veranschlagen dürfen. Allerdings spricht diese aus ULPIANS Ediktskommentar herrührende Stelle aus, dafs der Prätor die actio pecuniae constitutae in jedem Fall der Nichtannahme der Zahlung versage, und zwar selbst dann, wenn der Gläubiger „valetudine impeditus aut vi aut tempestate" in Annahmeverzug geraten ist. Wenn nun KOHLER[1]) meint, dafs alle Versuche, die Stelle anders zu interpretieren, als unter der Voraussetzung, dafs die mora creditoris von dem Grunde der Annahmesäumnis prinzipiell unabhängig sei, unbefriedigt lassen, so darf doch behauptet werden, dafs die Darlegungen SCHEY'S[2]) die Stelle als Beweismittel für die KOHLERsche Theorie beseitigt haben. SCHEY führt im Anschlufs an BRUNS[3]) aus, dafs der Kern des constitutum die Sicherung der Bezahlung einer Schuld zu einer ganz bestimmten Zeit gewesen, dafs strenge Rechtsfolgen der Nichterfüllung dem Zwecke dieser Sicherung gedient haben, und die Constitutsklage, entsprechend dem fixgeschäftsartigen Charakter des Instituts, nur auf Ersatz wegen Nichterfüllung gegangen sei. Es leuchtet bei dieser Auffassung vollkommen ein, dafs die Ersatzklage wegen pecunia constituta da ausgeschlossen sein mufste, wo immer der Schuldner an der Nichterfüllung der Obligation keine Schuld trug, ganz ohne Rücksicht darauf, ob der Gläubiger an der Annahme der Leistung verhindert war oder die Acceptation schuldhaft verabsäumte.

Kann sonach aus der besprochenen ULPIANstelle nichts

---

1) S. 413.

2) S. 76—77.

3) Zeitschr. für Rechtsgeschichte Bd. I S. 28 ff.

für die Unerheblichkeit einer culpa auf seiten des Gläubigers gefolgert werden, so geht es selbstverständlich auch nicht an, mit KOHLER[1]) in diesem Fragment ein Hülfsmittel der Interpretation derjenigen Quellenstellen zu suchen, welche den Grund der Nichtannahme schlechthin als im Gläubiger liegend bezeichnen[2]). Richtiger Ansicht nach sind alle diese Wendungen im wesentlichen insignifikant. Sie beweisen ebensowenig etwas für die eine als die andere der sich hier entgegenstehenden Ansichten. Und ebensowenig liefert die l. 105 D. 45, 1, welche alles Gewicht darauf zu legen scheint, daſs die Ursache der Nichtleistung nicht am Schuldner liegt, für die KOHLERsche Ansicht irgend einen Beweis[3]). Allerdings ist in den Thatbestand des Fragments[4]) mora creditoris aufgenommen und an dieselbe die Folgerung geknüpft, daſs von beiden alternativ geschuldeten Objekten das angeblich offerierte als gewählt anzusehen ist. Dagegen ist die Thatsache, daſs infolge des Unterganges des letzteren Objekts der Schuldner

1) S. 413.

2) Dahin gehören l. 9 § 1 i. f. D. 46, 3 (si . . . per actorem steterit, quominus accipiat); l. 1 pr. D. 43, 32 (sive . . . aut per te stat, quominus solvatur); l. 36 D. 19, 2 (si per eum steterit, quominus opus approbetur vel admediatur); c. 12 C. 4, 24 (si per creditorem factum fuerit, quominus solveretur); l. 40 D. 4, 8 (si per stipulatorem stet, quominus accipiat). Ebenso l. 5 D. 18, 6; l. 8 D. 22, 2; c. 3 C. 8, 30 u. s. w. Nur für l. 16 § 2 D. 13, 5 (si per actorem stetit, quominus fierit) ist das fr. 18 eod. tit. interpretativ verwendbar, ebendeswegen, weil auch l. 16 § 2 cit. von der Constitutsklage spricht.

3) Vgl. hierzu SCHEY S. 73.

4) Dasselbe hat folgenden Wortlaut:

Stipulatus sum Damam aut Erotem servum dari: cum Damam dares, ego quominus acciperem, in mora fui: mortuus est Dama: an putes me ex stipulatu actionem habere? respondit: secundum Massurii Sabini opinionem puto te ex stipulatu agere non posse: nam is recte existimabat, si per debitorem mora non esset, quo minus id quod debebat solveret, continuo eum debito liberari.

von der Obligation frei wird, der Gläubiger die actio ex stipulatu verliert, nicht sowohl Folge der mora creditoris, als vielmehr der Abwesenheit der mora debitoris. Denn jene perpetuatio obligationis, welche durch mora debitoris eintreten würde, und kraft deren der Gläubiger das Interesse wegen verzögerter Leistung mit der a. ex stipulatu geltend zu machen in der Lage wäre, entfällt bei dem in l. 105 D. cit. gedachten Thatbestande. Man wende nicht ein, dafs nach der auch hier vertretenen Ansicht der Übergang der Gefahr zu den Wirkungen des Annahmeverzuges gehört. So unzweifelhaft diese Thatsache an sich ist, so haben wir selbst hervorheben zu müssen geglaubt, dafs bei einseitigen Obligationen, auch mit alternativem Leistungsobjekt, — um eine solche handelt es sich in l. 105 cit. — die mora creditoris an sich nur die Wirkungen hat, die Verbindlichkeit auf eine bestimmte species zu konzentrieren, deren Gefahr dann der Gläubiger, wie bei allen anderen einseitigen Obligationen, zu tragen hat, und dafs der Gefahrübergang daher eigentlich nur eine mittelbare Folge der mora creditoris ist. Ein Widerspruch zwischen den auch von uns gebilligten Ansichten über den Gefahrübergang bei mora creditoris und der hier verteidigten Auslegung der l. 105 cit. dürfte sonach nicht bestehen. Ist aber die Konzentration auf eine bestimmte species die prinzipale und hier allein in Betracht kommende Folge der mora creditoris, so ist zu beachten, dafs über die Voraussetzungen der mora, insofern jene Folge aus ihr entspringt, die Stelle absolut keine Andeutung enthält. Die Stelle ist daher für die Frage nach den Voraussetzungen der mora creditoris nicht weniger irrelevant, als diejenigen Stellen, welche den Gläubigerverzug mit den Worten: si per actorem steterit, quominus solvatur u. s. w. wiedergeben.

Wiewohl nach Vorstehendem so manche derjenigen

Quellenzeugnisse, auf welche sich die Verteidiger der das Erfordernis der culpa auf seiten des Gläubigers verwerfenden Lehre beziehen, nicht Stand halten, so ergeben andererseits die Rechtsquellen dennoch Belege dafür, daſs jene Lehre in der That als die quellenmäſsige angesehen werden darf.

Ganz abgesehen davon, daſs die Beweiskraft der von KOHLER[1]) citierten l. 19 § 9 und l. 38 pr. D. 19, 1 durch die Bemerkung SCHEY's[2]), daſs in diesen Fällen eben auch die Leistungsbereitschaft des Arbeiters bezahlt werden müsse, doch nicht hinreichend widerlegt erscheint, da bei der Dienstmiete doch ebenfalls an sich die Leistung und nicht die Bereitschaft dazu den Gegenstand der Obligation ausmacht, so glauben wir besonderen Wert auf diejenigen Stellen legen zu sollen, in welchen uns, wie in l. 23 § 1 D. 4, 8; l. 9 § 1 D. 22, 1; l. 4 § 4 D. 18, 3 bezeugt ist, daſs weder Konventionalstrafe noch lex commissoria verwirkt wird, wenn es irgendwie an dem Gläubiger selbst, sei es auch nur infolge eines nicht auf seinen Willen zurückzuführenden Umstandes, gelegen hat, daſs nicht erfüllt worden ist. Wenn dieser Instanz gegenüber von WINDSCHEID[3]) angeführt wird, daſs die an die Nichterfüllung von der Rechtsordnung zu Lasten des Schuldners angeknüpften rechtlichen Folgen nicht den unschuldigen Schuldner treffen können und der letztere unschuldig sei, wann immer die Nichtleistung an dem Gläubiger liege, so wird, was wenigstens die Konventionalstrafe anbelangt, hierbei übersehen, daſs WINDSCHEID selbst lehrt[4]), wie der Schuldner, sofern die Konventionalstrafe an nicht rechtzeitige Erfüllung geknüpft ist, sich auf unverschuldete Un-

1) S. 413.
2) S. 74 Anm. 2.
3) § 345 Anm. 11.
4) a. a. O. 285.

möglichkeit nicht, sondern vielmehr nur darauf berufen kann, dafs das Hindernis rechtzeitiger Erfüllung in der Person des Gläubigers selbst liegt. Ist diese Ansicht aber richtig, so kann man nicht behaupten, dafs die bezeichneten rechtlichen Folgen allgemein den unschuldigen Schuldner nicht treffen. Wenn man aber selbst jener Ansicht über die Voraussetzungen der Konventionalstrafe nicht beipflichten will[1]), so wird man eine Grenze für den Verfall der Konventionalstrafe jedenfalls doch nur in solchen Gründen suchen dürfen, welche aufserhalb der Person des Schuldners liegen, keinesfalls aber eine Schuld des Schuldners als Voraussetzung der Verwirkung der Strafe erfordern können[2]). Es bedarf keiner weiteren Ausführung, dafs auch bei dieser Auffassung die gemeinrechtlichen Grundsätze über die Konventionalstrafe nur einen Beweis für die Ansicht ergeben, dafs die Wirkungen des Gläubigerverzuges von einer Verschuldung des Gläubigers nicht abhängig zu machen sind.

Vor allen Dingen aber möchten wir einen quellenmäfsigen Beweis für die letzterwähnte Lehre in der oben citierten l. 3 § 4 D. 19, 1 erblicken. Die Fassung dieses Fragments deutet darauf hin, dafs hier der Jurist das Wesen der mora creditoris so zu sagen ex professo habe definieren wollen. Allerdings mufs zugegeben werden, dafs nach der von uns selbst vorstehend verfochtenen Ansicht die Stelle insofern nicht vollständig die Erfordernisse der mora wiederzugeben scheint, als sie nicht von einer oblatio debiti ausdrücklich spricht. Aber erwägt man, dafs das Angebot nichts anderes bedeutet, als die Erklärung der Bereitschaft, und dafs in

1) Für dieselbe scheint uns insbesondere l. 23 §§ 1 u. 3. D. 4, 8 zu sprechen.

2) So Dernburg Pand. II § 46.

den Worten: praesertim si omni tempore paratus fuit tradere die Bereitschaft selbst so deutlich wie möglich als Erfordernis der mora creditoris hingestellt ist, so wird man es für zulässig ansehen, in der angegebenen Richtung die Auslassung des Fragments zu ergänzen und unter der verlangten Bereitschaft eine erklärte Bereitschaft zu verstehen. Diese Ergänzung thut dem Wortlaut des Fragments gewiſs keine Gewalt an. Während nun also in l. 3 § 4 cit. die Voraussetzungen des Gläubigerverzuges auf der Schuldnerseite zwar nicht bis in alle Einzelheiten ausdrücklich bezeichnet, dennoch aber hinreichend erkennbar angedeutet sind, fehlt jeder Hinweis auf Erfordernisse der mora auf seiten des Gläubigers. Auf Grund dieser Thatsache halten wir uns zu dem Schlusse für berechtigt, daſs eben auf der Gläubigerseite besondere Erfordernisse der mora, insbesondere eine Verschuldung des Gläubigers, nicht anzuerkennen sind. Demnach können wir auch dem Einwand MOMMSENS[1]), daſs POMPONIUS die Voraussetzungen der mora erschöpfend nicht habe bezeichnen wollen, da er die oblatio debiti nicht erwähnt habe, Erheblichkeit nicht beimessen.

Wenn wir sonach auf Grund der Quellenexegese das Resultat gewinnen, daſs die Nichtannahme der Leistung seitens des Gläubigers eine schuldhafte nicht zu sein braucht, um den Thatbestand der mora accipiendi herzustellen, so gelangen wir zu demselben Ergebnis, wenn wir nur diejenige Auffassung zu Grunde legen, welche wir hinsichtlich des Wesens des Gläubigerverzuges vorstehend dargelegt haben.

Hiernach steht dem Schuldner ein Recht gegenüber dem Gläubiger zu, sofern dieser nicht in gehöriger und erforderlicher Weise zur Erfüllung mitwirkt, innerhalb der vom

1) S. 164.

positiven Recht gezogenen Schranken Selbstbefreiung wirkende Akte zu setzen. Demgegenüber hat der Gläubiger die Pflicht, den in dem Gebrauch der Selbstbefreiungsbefugnisse liegenden Eingriff in seine eigene Rechtssphäre zu dulden. Da nun Recht und Pflicht auf dem Gebiete des Obligationenrechts zur Geltung kommen und zum Inhalt haben, daſs der Gläubiger einen Eingriff in ein ihm zustehendes obligatorisches Recht dulden muſs, ohne hinsichtlich der korrespondierenden obligatorischen Pflicht eine entsprechende Erleichterung zu erfahren, und sowohl das hier in Rede stehende Recht als die korrespondierende Pflicht ausschlieſslich unter den durch das obligatorische Band zueinander in Beziehung gesetzten Personen bestehen, so haben wir uns dazu entschlossen, jenes Recht des Schuldners gegenüber dem Gläubiger und jene Pflicht des Gläubigers gegenüber dem Schuldner ebenfalls als ein obligatorisches Recht und eine obligatorische Pflicht anzusprechen. Es ist nun aber prinzipiell Rechtens, daſs der Schuldner von der Pflicht obligatorischer Leistung befreit wird, wenn die Erfüllung ohne seine Schuld zur Unmöglichkeit wird. Wenden wir dieses Prinzip auf unseren Fall an, so ergiebt sich für uns die Frage, ob die Wirkungen der mora creditoris ausbleiben, wenn der Gläubiger durch Umstände, die von seinem Willen unabhängig sind, an der Annahme bezw. Mitwirkung bei der Solution verhindert wird. Diese Frage ist zu verneinen, da eine Unmöglichkeit der Leistung, so wie wir die letztere vorliegend verstehen, für den Gläubiger nicht vorhanden ist. Denn die Pflicht, die dem Gläubiger auferlegt ist, besteht nicht in der Annahme des Obligationsgegenstandes, sondern in der Duldung der vom Schuldner zu setzenden Selbstbefreiungsakte, der Deposition, der Dereliktion und des Selbsthülfeverkaufs. Alle diese Akte aber lassen sich ganz ohne Zuthun des Gläubigers verwirklichen; irgend eine,

wenn auch nur passive Mitwirkung desselben erübrigt sich durchaus. Demnach ist nicht zu erkennen, welchen Einfluſs auf die Gewährung der Befugnis zu diesen Akten die Frage haben soll, ob der Gläubiger an der Annahme durch Umstände verhindert worden ist, die von seinem Willen unabhängig sind, bezw. ob die Verzögerung der Annahme auf eine Schuld des Gläubigers zurückzuführen ist. Diese Frage kann umsoweniger in Betracht kommen, als sie uns bei Erörterung der Voraussetzungen des Gläubigerverzuges richtiger Ansicht nach überhaupt nicht begegnet. Wir werden nach alledem nicht fehlgehen, wenn wir der durch die Interpretation der einschlägigen Quellenstellen bestätigten Lehre folgen, daſs nach den Grundsätzen des gemeinen Rechts die Wirkungen des Gläubigerverzuges eintreten, ohne Rücksicht auf die Frage, wie die Ursache der Nichtannahme der ordnungsmäſsig offerierten Leistung beschaffen sein mag.

Die vorstehend gewonnene Ansicht findet Anwendung auf alle obligatorischen Geschäfte, wie immer dieselben geartet sein mögen. Insbesondere ist auch der Umstand, daſs ein klagbarer Anspruch auf Annahme einer verkauften Sache auch nach gemeinem Recht besteht, kein Grund, die Wirkungen der mora creditoris von einer verschuldeten Nichtannahme seitens des Käufers abhängig zu machen. Denn wenngleich Voraussetzung der culpa-Theorie die Annahme eines Anspruchs auf Abnahme unzweifelhaft ist, so folgt hieraus doch keineswegs, daſs, überall, wo ein Abnahmeanspruch gegeben ist, in die Voraussetzungen des Gläubigerverzuges notwendigerweise eine Verschuldung des Gläubigers aufgenommen werden muſs. Mangel einer culpa auf der Gläubigerseite d. h. unverschuldete Unmöglichkeit der Abnahme hat allerdings zur Folge, daſs der Verkäufer den an sich begründeten Abnahmeanspruch gegen den Käufer verliert, resp. geltend zu machen

verhindert ist. Aber neben dem Abnahmeanspruch und getrennt von diesem besteht auch beim Kauf das Recht des Verkäufers, sofern der Käufer nicht abnimmt, in der vorher dargestellten Weise Selbstbefreiungsakte zu setzen, und die entsprechende Pflicht des Käufers, solche in seine Rechtssphäre eingreifenden Akte zu dulden. Auf dieses Recht und diese Pflicht hat beim Kauf, so wenig wie sonst, die Frage des Warum und Wieso der Nichtannahme irgendwelchen Einfluſs, und bei dieser völligen Getrenntheit dieses Rechts und dieser Pflicht von dem klagbaren Anspruch auf Abnahme der Ware liegt kein Grund vor, die Wirkungen der mora an eine Verschuldung des Käufers zu knüpfen.

Wie das gemeine Recht, erkennt, wie wir wissen, auch das preuſsische Landrecht einen klagbaren Anspruch des Verkäufers auf Abnahme der Ware an. Im Hinblick hierauf und auf die den Abnahmeverzug des Käufers betreffenden §§ 216, 98 ff. A. L.R. I 11 rühmt Kohler an dem preuſsischen Gesetzbuch besondere Konsequenz [1]. Daſs es aber inkonsequent gewesen wäre, wenn das preuſsische Recht zwar den Abnahmeanspruch des Verkäufers anerkannt, im übrigen aber ohne Rücksicht auf den Grund der Nichtannahme die Wirkungen der mora creditoris statuiert hätte, kann nach Vorstehendem eben nicht zugegeben werden. Soviel folgt jedoch aus den citierten Gesetzesbestimmungen, daſs das preuſsische Recht die culpa-Theorie bis in die äuſserste Konsequenz aufgenommen hat. Nur die Hinterlegung der geschuldeten Sache ist auch ohne schuldhafte Nichtannahme seitens des Gläubigers gestattet. Allein hierin kann ein Widerspruch des preuſsischen Rechts zu den von demselben proklamierten Grundsätzen über die mora um so weniger erkannt werden, als die Hinterlegungsbefugnis nicht nur im Falle der mora

---

1) Kohler S. 418. 420.

accipiendi gewährt ist. So gewiſs die Deposition des Leistungsgegenstandes ein Mittel der Selbstbefreiung für den durch Verzug des Gläubigers in seinen Interessen bedrohten Schuldner bildet, so ist sie doch nicht allein ein solches, sondern auch bei Vorhandensein anderer Voraussetzungen gestattet [1]).

Ob auch das österreichische Recht die mora creditoris von einer culpa des Gläubigers abhängig macht, kann allerdings zweifelhaft erscheinen. Immerhin spricht der die sedes materiae bildende § 1419 b. G.B. seinem Wortlaut nach für die Auffassung, daſs das österreichische b. G.B. die culpa-Theorie recipiert habe [2]), eine Auffassung, welche unter den Auslegern des österreichischen Rechts die am weitesten verbreitete ist. Dagegen kann es keinem Zweifel unterliegen, daſs das sächsische bürgerliche Gesetzbuch sich auf den Boden der culpa-Theorie gestellt hat. Wenn auch die in § 746 erwähnten „gerechten Gründe" der Nichtannahme von einem Mangel der Oblation im Sinne der l. 72 pr. D. 46, 3 verstanden werden könnten [3]), so geht doch aus § 749 des Gesetzbuchs, woselbst es heiſst:

> Der Berechtigte kommt auch in Verzug, wenn er, ohne durch gerechte Gründe entschuldigt zu sein, u. s. w.,

---

1) Vgl. § 222 A.L.R. I 16; Dernburg, preuſs. Privatrecht II § 99. Auch der Gläubiger kann die Deposition betreiben, vgl. Dernburg Anm. 7 l. c.

2) § 1419 lautet:

„Hat der Gläubiger gezögert, die Zahlung anzunehmen, so fallen die widrigen Folgen auf ihn." — Ein genaues Eingehen auf diese Streitfrage des österreichischen Rechts würde hier zu weit führen. Litteraturangaben bei Schey S. 88—89 Anm. 3.

3) Hierauf würde auch die Allegation des § 690 in § 746 hindeuten.

deutlich hervor, dafs ohne Schuld des Gläubigers ein Verzug desselben nach den Grundsätzen des sächsischen Rechts nicht stattfindet [1]). Und dieser Auffassung haben sich der Dresdner Entwurf in den Art. 321 und 323, welche mit den citierten Bestimmungen des sächsischen bürgerlichen Gesetzbuchs weitgehende Übereinstimmung selbst hinsichtlich des Wortlauts zeigen, und der hessische Entwurf in Art. 246 I 3 durchaus angeschlossen. Im Hinblick auf den Wortlaut des Art. 246 könnte es hinsichtlich des letzterwähnten gesetzgeberischen Projekts fraglich erscheinen, ob nicht hier an objektive Entschuldigungsgründe im Sinne der Worte „sine justa causa“ der l. 72 pr. cit. zu denken sei. Jedoch werden alle etwaigen Zweifel durch die Motive zu Art. 246 beseitigt, die sich offenbar die culpa-Theorie zu eigen gemacht haben. Nicht anders erkennt unter den Bearbeitern des französischen Rechts DEMOLOMBE Bd. V Nr. 140 die culpa-Theorie an, indem er die demeure du créancier auf Art. 1382 C. c. aufbaut. Ex professo behandelt bekanntlich der Code civil die mora creditoris nicht [2]).

Auf dem entgegengesetzten Standpunkt steht das schweizerische Bundesgesetz über das Obligationenrecht. Wenn dasselbe in Art. 106 bestimmt:

> Der Gläubiger kommt in Verzug, wenn er die Annahme der gehörig angebotenen Leistung oder die Vornahme der ihm obliegenden Vorbereitungshandlungen, ohne welche der Schuldner zu erfüllen nicht imstande ist, ungerechtfertigter Weise verweigert,

so sind die mafsgebenden Worte ungerechtfertigter Weise in dem objektiven Sinne der l. 72 pr. D. 46, 3 zu

---

1) Vgl. auch KOHLER S. 417; SCHEY S. 90.

2) Vgl. SCHEY S. 20 Anm. 1.

verstehen[1]). Zwar ist eingewendet worden, dafs jene Worte, in dem bezeichneten Sinne aufgefafst, gegenüber dem im ersten Teil des Artikels erwähnten Thatbestandsmerkmal der gehörig angebotenen Leistung einen Pleonasmus bilden würden[2]). Allein diese Anführung ist um so weniger durchschlagend, als sie, von ihrer inneren Erheblichkeit ganz abgesehen, jedenfalls die im zweiten Teil hervorgehobenen dem Gläubiger obliegenden Vorbereitungshandlungen nicht berücksichtigt. Im Hinblick auf diese sind die kritischen Worte, selbst wenn man sie objektiv auffafst, nicht unnötig, und daher ihre Aufnahme in den Wortlaut des Art. 106 durchaus gerechtfertigt. Auch erscheint es zur Interpretation des Art. 106 vielleicht nicht überflüssig, darauf hinzuweisen, dafs das Züricher Gesetzbuch, indem es in § 960 von einer Weigerung des Gläubigers „ohne zureichenden Grund", die angebotene Leistung anzunehmen, spricht, nur objektive Entschuldigungsgründe zu berücksichtigen scheint, eine culpa des Gläubigers zu den Merkmalen des Verzugsbegriffs aber nicht gerechnet wissen will[3]). Und ebenso glauben wir die einschlägigen Bestimmungen des bayerischen Entwurfs[4]) verstehen zu sollen, obzwar die Berechtigung von Zweifeln in dieser Hinsicht zugegeben werden mufs.

Nach vorstehendem beruhen die einschlägigen Bestimmungen der modernenen Kodifikationen und Entwürfe fast ausschliefslich auf der herrschenden culpa-Theorie. Dies ist ein Ergebnis, welches die Verteidiger der eine Verschuldung

1) So auch Schneider und Fick, Kommentar S. 106.

2) Vgl. Schey S. 90.

3) Vgl. auch Marcusen, Zeitschr. f. Schweizerisches Recht N. F. Bd. 12 S. 35 ff.; woselbst auch Litteraturangaben.

4) T. II Art. 128.

des Gläubigers aus dem Kreise der Voraussetzungen der mora creditoris ausweisenden Lehre stutzig machen könnte, wenn nicht bekannt wäre, mit welcher Hartnäckigkeit sich wissenschaftliche Irrtümer am Leben erhalten, so dafs sie nicht nur auf Doktrin und Judikatur, sondern auch auf die Gesetzgebung den weitgehendsten Einflufs ausüben.

VI.

Der Gläubigerverzug im Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich.

Erstes Kapitel.

Voraussetzungen des Gläubigerverzuges.

§ 13.

Während wir bei den vorstehenden die geltenden Vorschriften über Annahme und Annahmeverzug betreffenden Untersuchungen von den feststehenden, resp. festgestellten Wirkungen der mora creditoris ausgegangen sind und auf Grund derselben das Wesen des Annahmeverzuges darzulegen und hieraus die Lösung der streitigen Fragen über die Voraussetzungen der mora accipiendi abzuleiten gesucht haben, werden wir davon absehen dürfen, bei den den Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich zum Gegenstand habenden Erörterungen in gleicher Weise die Frage nach der Natur der mora creditoris in den Mittelpunkt zu stellen, uns vielmehr für berechtigt halten dürfen, die diesbezüglichen Erörterungen von den Voraussetzungen des Gläubigerverzuges ausgehen zu lassen. Denn wenn auch Er-

wägungen de lege ferenda vorher gewonnene Klarheit über das Wesen des zu ordnenden Rechtsinstituts notwendig voraussetzen, eine Unklarheit in dieser Hinsicht sich an dem Gesetzgeber schwer rächen würde, und dieser daher auch die prinzipielle Seite der ihm zur Entscheidung anheimgestellten Fragen nicht aufser acht lassen darf, so geben uns die vorstehenden Untersuchungen über das Wesen der mora creditoris doch, wie wir meinen, eine hinreichende Grundlage, von welcher aus die Frage nach praktischer und zweckmäfsiger Ausgestaltung der Einzelvorschriften erörtert werden kann[1]).

Über die Voraussetzungen des Gläubigerverzuges trifft der Entwurf der zweiten Lesung folgende Bestimmungen:

§ 249.

Der Gläubiger kommt in Verzug, wenn er die ihm angebotene Leistung nicht annimmt.

§ 250.

Zur Wirksamkeit des Angebots ist erforderlich, dafs die Leistung so, wie sie zu bewirken ist, thatsächlich angeboten wird.

---

1) Was den Thatbestand des Gläubigerverzuges anbelangt, so hat der Entwurf da, wo er von der mora accipiendi ex professo handelt (§§ 249 ff. II. Les.), speziell die Fälle im Auge, bei welchem nur vorliegt, dafs der eine offeriert, der andere nicht annimmt. So wird in § 321 Abs. 2 der Fall des Annahmeverzuges als solchem von denjenigen Fällen unterschieden, bei welchen der Schuldner aus einem andern in der Person des Gläubigers liegenden Grunde nicht erfüllen kann. Immerhin läfst der Entwurf aber auch die Thatbestände des Gläubigerverzuges im weiteren Sinne nicht unberücksichtigt, sucht vielmehr auch diese sachentsprechend zu regeln (so den Fall verzögerter Wahl des Gläubigers in § 221 Abs. 2).

§ 251.

Ein wörtliches Angebot des Schuldners genügt, wenn der Gläubiger ihm erklärt hat, daſs er die Leistung nicht annehmen werde, oder wenn zur Bewirkung der Leistung eine Handlung des Gläubigers erforderlich ist, insbesondere, wenn der Gläubiger die geschuldete Sache abzuholen hat. Dem Angebote der Leistung steht die Aufforderung an den Gläubiger gleich, die seinerseits erforderliche Handlung vorzunehmen.

Ist für die von dem Gläubiger vorzunehmende Handlung eine Zeit nach dem Kalender oder, sofern eine Kündigung vorauszugehen hat, dergestalt bestimmt, daſs sie sich von der Kündigung ab nach dem Kalender berechnen läſst, so bedarf es des Angebots nicht, wenn der Gläubiger die Handlung nicht rechtzeitig vornimmt.

Der Gläubiger kommt nicht in Verzug, wenn der Schuldner zur Zeit des Angebots oder im Falle des Abs. 2 zu der für die Handlung des Gläubigers bestimmten Zeit auſser stande ist, die Leistung zu bewirken.

§ 252.

Ist der Schuldner nur gegen eine Leistung des Gläubigers zu leisten verpflichtet, so kommt der Gläubiger in Verzug, wenn er zwar die angebotene Leistung anzunehmen bereit ist, die verlangte Gegenleistung jedoch nicht anbietet.

§ 253.

Ist die Leistungszeit nicht bestimmt oder ist der Schuldner berechtigt, vor der bestimmten Zeit zu leisten, so kommt der Gläubiger nicht dadurch in Verzug, daſs er vorübergehend an der Annahme der angebotenen

Leistung verhindert ist, es sei denn, daſs der Schuldner ihm die Leistung eine angemessene Zeit vorher angekündigt hat.

Der Entwurf nimmt, wie wir sehen, unter die Merkmale des Gläubigerverzüges das Angebot der Leistung auf, was durchaus nur Beifall verdient. Denn in der That ist die KOHLERsche Lehre, derzufolge der Schuldner nur das zu thun nötig hat, was ohne Mitwirkung des Gläubigers zu thun ist, m. a. W. daſs die Leistungsbereitschaft genüge, eine Erklärung derselben dem Gläubiger gegenüber aber nicht erforderlich sei, wie in dem geltenden Recht ohne Grundlage, so auch de lege ferenda nicht empfehlenswert.

Soviel ist allerdings unbestreitbar, daſs kein Recht Gläubigerverzug anerkennen kann, sofern nicht der Schuldner alles das gethan hat, was von seiner Seite zur Erfüllung der Obligation gemäſs dem besonderen Schuldverhältnis geschehen muſs. Die Erfüllung dieser Verpflichtungen gehört zu der Leistungsbereitschaft, zu welcher der Schuldner verbunden ist, wie immer man über das Wesen der mora creditoris denken mag. Jedoch kann mit der Erfüllung dieser obligationsmäſsigen Pflichten seitens des Schuldners allein das Recht den Gläubigerverzug nicht eintreten lassen. Wenn hierzu ein plus gegenüber der obligationsmäſsigen Haftung des Schuldners verlangt wird, nämlich die Notifikation der Leistungsbereitschaft an den Gläubiger, so rechtfertigt sich dies de lege ferenda, wie bereits oben bemerkt, aus der Erwägung, daſs die so erheblich in die Rechtssphäre des Gläubigers eingreifenden mora-Wirkungen ein vorheriges Verfahren des Schuldners erforderlich erscheinen lassen, welches gleichsam eine Warnung des Gläubigers involviert und — bei aller Verschiedenheit der Institute — doch wohl mit der Interpellation des Schuldners seitens des Gläubigers bei der

mora debendi verglichen werden kann[1]). Auch ist nicht zu verkennen, dafs dem Schuldner vielfach die Nichtgeltendmachung des Forderungsrecht zu der Zeit, da die Geltendmachung zulässig ist, wirtschaftlich als eine Erleichterung seiner Haftung erscheinen wird, und dafs mit Rücksicht hierauf ein Akt sich als notwendig darstellt, durch welchen dem Gläubiger notifiziert wird, dafs in casu der Schuldner die Nichtgeltendmachung der Obligation als eine Laxation seiner Verbindlichkeit nicht empfindet oder wenigstens von dieser Laxation Gebrauch zu machen nicht willens ist.

Was vom legislatorischen Standpunkt aus gegen das Erfordernis des Leistungsangebots eingewendet wird, ist nicht durchschlagend. KOHLER führt eine Reihe von Fällen an[2]), in welchen, wie zugegeben werden mufs, an die Notwendigkeit eines Leistungsangebots nicht zu denken ist. Aber eine Leistungsoblation ist in diesen Fällen auch vom Standpunkt derjenigen Lehre nicht erforderlich, welche im übrigen zur Versetzung des Gläubigers in Annahmeverzug ein Angebot erfordert. Zieht der Mieter nicht in die Mietwohnung ein, so sind allerdings die Ansprüche des Vermieters gegen ihn nicht davon abhängig, dafs ihn der Vermieter zum Beziehen der Wohnung mahnen läfst, aber allein deswegen, weil bei dem erwähnten Thatbestande von einem Annahmeverzug nicht die Rede sein kann. Denn der Vermieter ist zu nichts anderem verpflichtet, als dem Mieter die Wohnung zur Verfügung zu stellen und zu halten. Ob der Gegenkontrahent einziehen will oder nicht, ist für die Bewirkung der Leistung völlig

---

1) Vgl. oben S. 209. Wenn KOHLER S. 405 es begreiflich findet, dafs man den Schuldner zur Leistung mahnt, aber die „Höflichkeit zu weit getrieben“ erachtet, wenn man auch den Gläubiger zur Empfangnahme mahnen soll, so würdigt er eben nicht die Tragweite der mora-Wirkungen.

2) S. 404.

irrelevant; m. a. W. einer Mitwirkung des Gläubigers bedarf es zur Herstellung der Leistung garnicht, somit kann auch eine Verweigerung jener Mitwirkung nicht stattfinden. Ebensowenig ist es zweifelhaft, dafs Schiff und Eisenbahnzug abfahren, ohne auf den zur rechten Zeit nicht erscheinenden Passagier warten zu müssen, und auch ohne dafs derselbe den bezahlten Fahrpreis zurückzufordern berechtigt ist. Aber die Instanz, welche die Beweiskraft solcher Fälle eliminiert, führt KOHLER selbst an. Es sind das eben Fälle, in welchen die Annahme des Gläubigers dem Wesen dieser besonderen Obligation gemäfs nur innerhalb einer gewissen Zeit erfolgen kann, so dafs der Schuldner frei wird, wenn jene Zeit verstrichen ist. Ein Anspruch des Gläubigers auf Rückgewähr des gezahlten Äquivalents für die Leistung des Transportunternehmers wäre, wenn der Transportvertrag gültig geschlossen ist, um so weniger begründet, als der Unternehmer, wenn er bis zur fahrplanmäfsigen Zeit wartet, offenbar alles gethan hat, was von seiner Seite bis zu dem Moment, zu welchem der Gläubiger von dem ihm durch den Transportvertrag gewonnenen Recht Gebrauch zu machen hat, geschehen müfste. Jener Anspruch würde an dem Satze scheitern, dafs gültig geschlossene Verträge nicht einseitig willkürlich zu lösen sind. Wenn sonach die widrigen Folgen des Annahmeverzuges den Schuldner nicht treffen können, so ist auch kein Platz für diejenigen Wirkungen, welche diese Folgen von dem Schuldner abzuwehren bestimmt sind. Es leuchtet ein, dafs es unter diesen Umständen auch auf die Voraussetzungen nicht ankommen kann, von welchen die Wirkungen des Gläubigerverzuges sonst abhängen. Übrigens trifft der Entwurf gerade auch diese Fälle, indem er in § 251 Abs. 2 (§ 255 Abs. 3 I. Les.) statuiert, dafs, sofern für die von dem Gläubiger vorzunehmende Handlung eine Zeit nach

dem Kalender bestimmt ist, es eines Angebots nicht bedürfen soll.

Anlangend die Einzelvorschriften des Entwurfs über die Oblation, so bestimmt § 250 II. Les., dafs die Leistung so, wie sie zu bewirken ist, thatsächlich angeboten werden mufs. Die Worte: „so, wie sie zu bewirken ist“ enthalten einen deutlichen und vollkommen verständlichen Hinweis auf die objektiven Entschuldigungsgründe der Nichtannahme, wie solcher in den Worten: sine justa causa in l. 72 pr. D. 46, 3 und dem Passus: quid enim si inopportuno tempore vel loco optulerim? der l. 39 ej. tit. gedacht ist. Dies springt insbesondere ins Auge, wenn man erwägt, dafs die citierten Worte des § 250 der II. Les. an Stelle der Worte: „so wie sie dem Schuldner nach dem Schuldverhältnisse obliegt, insbesondere auch zur gehörigen Zeit und am gehörigen Orte“ des § 255 der I. Les. getreten sind. Dafs aber auch die Bestimmung der zweiten Lesung die Zulässigkeit der sogenannten objektiven Entschuldigungsgründe, wenn auch in knapper Fassung, so doch hinreichend klar feststellt, wird nicht zu bezweifeln sein[1]).

Der Entwurf geht davon aus, dafs prinzipiell die Oblation eine thatsächliche sein mufs. Diejenigen Fälle, in welchen wörtliches Angebot ausreicht, erscheinen demgegenüber als Ausnahmen. Diese Anordnung erscheint nicht ganz unbedenklich. Sieht man genau zu, so ergiebt sich aus dem Zusammenhang der §§ 250 u. 251 II. Les., dafs das thatsächliche Angebot regelmäfsig das Erfordernis der mora creditoris bei Bringschulden, die verbale Oblation dasjenige des Gläubigerverzuges bei Holschulden, wie überhaupt da, wo der

1) Vgl. Seuffert in Bekkers und Fischers Beiträgen, Heft 11 S. 22.

Handlung des Schuldners eine Vorbereitungshandlung des Gläubigers vorausgehen mufs, bildet, mit der Mafsgabe, dafs wörtliches Angebot auch bei Bringschulden ausreicht, sofern der Gläubiger vorher erklärt hat, dafs er die Leistung nicht annehmen werde. Nun ist ferner zu erwägen, dafs nach § 225 II. Les., wenn weder Gesetz noch Parteiverabredung noch endlich die Umstände, insbesondere die Natur des Schuldverhältnisses, den Leistungsort bestimmen, die Leistung an dem Ort zu erfolgen hat, an welchem der Schuldner zur Zeit der Entstehung des Schuldverhältnisses seinen Wohnsitz hatte. Aus dieser nur für Geldzahlungen gemäfs § 226 II. Les. durchbrochenen Regel ergiebt sich, dafs der Entwurf, abgesehen von Geldzahlungen, Verbindlichkeiten prinzipiell als Holschulden angesehen wissen will. Hiermit erscheint aber nach vorstehendem die Ausnahmestellung, welche dem wörtlichen Angebot in den Vorschriften des Entwurfs über mora creditoris angewiesen ist, nicht recht vereinbar.

Hierzu kommt folgendes. Unzweifelhaft kann eine sachgemäfse Regelung der Voraussetzungen des Annahmeverzuges bei Bringschulden thatsächliches Leistungsangebot nicht erlassen. Allein die Realoblation hat hierbei nicht eigentlich die Bedeutung des Angebots im Sinne der Moralehre. Die Motive[1]) zu § 255 der I. Les. stehen freilich auf diesem Standpunkt nicht. Sie stellen als Prinzip auf, dafs der Schuldner diejenige Thätigkeit zu entwickeln hat, „welche das besondere Schuldverhältnis ihm vorschreibt und welche, wenn der Gläubiger den aus der konkreten Obligation für das von seiner Seite zu beobachtende Verhalten sich ergebenden Voraussetzungen entspricht, zur Erfüllung der Obligation führt“. Daneben wird zu einem wirksamen Anerbieten die thatsäch-

1) Bd. II S. 69.

liche Leistungsbereitschaft des Schuldners, „sein reelles Leistungsvermögen gemäfs dem Inhalte seiner konkreten Verbindlichkeit“ als notwendig hingestellt und gelehrt: „Neben der reellen Leistungsbereitschaft hat der Schuldner dem Gläubiger gegenüber die gekennzeichnete Thätigkeit zu entwickeln.“ Zu der letzteren gehört nach der dargestellten Auffassung bei Bringschulden insonderheit die Realoblation. Aber der in den Motiven aufgestellte Unterschied zwischen Leistungsbereitschaft und Realoblation erscheint nicht haltbar. Wirklich leistungsbereit wird man den Schuldner doch nur dann nennen können, wenn er seinerseits alles gethan hat, was erforderlich ist, damit der Gläubiger durch Acceptation die Erfüllung zustande bringe. Einen Unterschied zu machen zwischen derjenigen Thätigkeit des Schuldners, welche im Überbringen der Leistung besteht, und derjenigen Thätigkeit, welche vor dem Beginn des Überbringens liegt, ist weder geboten noch gestattet, vielmehr willkürlich. Danach werden wir uns dafür entscheiden müssen, dafs die thatsächliche Anbietung des Leistungsobjekts bei Bringschulden zu derjenigen Leistungsbereitschaft, resp. Leistungsbereitstellung gehört, zu welcher bei derartigen Obligationen der Schuldner verpflichtet ist. Eine eigentliche Oblation im Sinne der Moralehre, nämlich eine neben der Leistungsbereitschaft einhergehende Mahnung des Gläubigers zur Empfangnahme, ist sonach nur die wörtliche, wie sie bei Holschulden und überall da, wo der Gläubiger Vorbereitungshandlungen behufs der Leistung zu thätigen hat, sowie im Falle vorher erklärter Annahmeweigerung des Gläubigers bei Bringschulden vorgeschrieben ist. Dafs die wörtliche Oblation sich in den Fällen erübrigt, wo der Schuldner bereits auf Grund des besonderen Inhalts des Schuldverhältnisses zu einem thatsächlichen Angebot verpflichtet ist, ist ohne weiteres einleuchtend, und gelangen

wir vom Standpunkt der Moralehre zu dem Resultat, dafs die verbale Oblation eigentlich das plus, das thatsächliche Angebot der Leistung des minus ist. Danach würde dem Prinzip und Wesen der mora creditoris eine Fassung entsprechen, bei welcher die Verbaloblation in die Mitte gerückt und bestimmt wäre, dafs zur Wirksamkeit des Angebots die Leistung so, wie sie zu bewirken ist, wörtlich angeboten werden mufs, dafs ein wörtliches Angebot sich aber erübrigt, wenn der Schuldner nach dem Inhalt der Schuldverbindlichkeit eine Sache zu überbringen oder eine Handlung zu leisten hat, zu welcher er sich bei dem Gläubiger einzufinden verpflichtet ist, dafs aber das hiernach erforderliche thatsächliche Angebot nicht, wohl aber ein wörtliches Angebot verlangt wird, wenn der Gläubiger vorher erklärt hat, dafs er die Leistung nicht annehmen werde, oder der Gläubiger seinerseits die Vorbereitungen nicht trifft, ohne welche der Schuldner zu erfüllen nicht imstande ist[1]).

Allein eine Fassung des Gesetzes in dem beregten Sinne hätte, wenn auch theoretisch empfehlenswert, erhebliche Bedenken in praktisch legislatorischer Beziehung. Denn der Gedanke, dafs wörtliches Angebot im Sinne der Moralehre ein plus gegenüber der Realoblation darstelle, die letztere also — wiederum im Sinne der Moralehre — ein geringeres Mafs schuldnerischer Leistung involviere, als die verbale Oblation, würde, in die Gesetzform gegossen und zu legislatorischer Bedeutung erhoben, den Gesetzgeber dem nicht ungerechtfertigten Vorwurf des Doktrinarismus aussetzen. Vom praktischen Standpunkt aus erscheint thatsächliche Oblation gegenüber dem verbalen Angebot als Mehrleistung, und diesem Umstande wird der Gesetzgeber Rechnung zu tragen haben.

---

1) Vgl. sächs. b. G.B. §§ 748. 749.

Immerhin jedoch wird aus den vorstehenden Erwägungen die Folge in praktischer Beziehung abzuleiten sein, daſs es empfehlenswerter erschienen wäre, wenn die Verbaloblation als prinzipielles Erfordernis der mora creditoris an die Spitze gestellt wäre, und — ähnlich der Vorschrift der §§ 748 und 749 des sächs. bürgerlichen Gesetzbuchs — die §§ 250 und 251 des Entwurfs folgende Fassung erhalten hätten:

§ 250.

Zur Wirksamkeit des Angebots genügt wörtliches Anerbieten, vorausgesetzt, daſs der Verpflichtete zur Leistung, so wie sie zu bewirken ist, bereit ist.

Dem Angebot der Leistung steht die Aufforderung an den Gläubiger gleich, eine seinerseits erforderliche Handlung, ohne welche der Verpflichtete zu erfüllen nicht imstande ist, anzunehmen.

Abs. 2 }
Abs. 3 } wie in § 251 des Entwurfs II. Les.

§ 251.

Ein thatsächliches Angebot ist erforderlich, wenn der Schuldner bewegliche Sachen dem Gläubiger zu überbringen oder eine Handlung zu leisten verpflichtet ist, zu welcher er sich bei dem Gläubiger persönlich einzufinden hat, ausgenommen, wenn der Gläubiger dem Schuldner erklärt hat, daſs er die Leistung nicht annehmen werde oder wenn zur Bewirkung der Leistung eine vorherige Handlung des Gläubigers erforderlich ist.

Der allerdings in den Kauf zu nehmende Umstand, daſs bei dieser Norm die Regel des § 251 durch zwei Ausnahmen durchbrochen wäre, erscheint uns nicht ausreichend, die prinzipiell richtigere Fassung, wie sie vorstehend empfohlen ist, zu verwerfen. Jedenfalls aber erscheint es, um Klarheit über

das Wesen des Gläubigerverzuges zu verbreiten und zu erhalten, und zwar gerade dann, wenn die in dem Entwurfe des b. G.B. vorgeschlagene Fassung zum Gesetz erhoben wird, nicht überflüssig, auf diejenigen Resultate hinzuweisen, zu welchen man auf Grund theoretischer Erörterung der Funktion und des Wesens des Leistungsangebots und seiner Stellung innerhalb der Erfüllungslehre gelangen mufs.

Im übrigen verdienen die Bestimmungen des Entwurfs über die Oblation durchaus nur Beifall. Dafs auch bereits nach geltendem Recht, selbst bei Bringschulden, eine thatsächliche Oblation dann nicht erforderlich ist, wenn der Gläubiger vorher erklärt hat, er werde nicht annehmen, haben wir bereits hervorgehoben. Es kann nur gebilligt werden, dafs der Entwurf sich in dieser Beziehung dem geltenden Recht, wie es insbesondere in der Praxis des Reichsoberhandelsgerichts anerkannt ist, angeschlossen hat[1]). In § 251 Abs. 2 ist freilich ein Grundsatz zur Geltung gelangt, der vom Standpunkt des geltenden Rechts in der Allgemeinheit, in welcher ihn die citierte Stelle des Entwurfs proklamiert, nicht haltbar ist[2]). Vom legislatorischen Standpunkt aus erscheint jedoch die fragliche Bestimmung nur zweckmäfsig. Dafs es ferner dem Wesen wechselseitiger Leistung Zug um

---

1) Übrigens scheint in § 251 Abs. 1 des Entwurfs II. Les. zwischen den Wörtern: „eine“ und „Handlung des Gläubigers“ das Wort: „vorherige“ oder etwas dem ähnliches zu fehlen. Wenn auch Mifsverständnisse aus dem Text des Entwurfs nicht gerade zu fürchten sind, so dürfte die Rücksicht auf korrekte Fassung des Gesetzes eine diesbezügliche Ergänzung doch erfordern. Auch die in jedem Falle unerläfsliche Acceptation des Gläubigers ist eine zur Bewirkung der Leistung erforderliche Handlung, wiewohl sie in § 251 Abs. 1 offenbar nicht gemeint ist.

2) Vgl. über die Folgerungen, welche Mommsen aus l. 4 § 2 D. 18, 6 ableitet, oben S. 211.

Zug nur entspricht, wenn in derartigen Fällen Gläubigerverzug auch da als vorliegend erachtet wird, wo der Gläubiger zwar die Leistung anzunehmen, nicht aber die Gegenleistung zu bewirken bereit ist, haben wir bereits ausgeführt. Der § 252 des Entwurfes sanktioniert diesen Gesichtspunkt und dehnt ihn auf alle Fälle aus, wo immer Leistung und Gegenleistung sich gegenüberstehen[1]). Zwar kann theoretisch zweifelhaft erscheinen, ob, abgesehen von den Zug um Zug zu erfüllenden Verpflichtungen, Leistung und Gegenleistung in derart engem Zusammenhang stehen, daſs im Falle des Angebots der Leistung auch die Nichterfüllung der Gegenverbindlichkeit als Verzögerung der Annahme aufzufassen ist. Aber es kann nicht geleugnet werden, daſs es zweckmäſsig ist, wenn der Entwurf sich in der angegebenen Weise über dieses Bedenken hinfortgesetzt hat. Aus Absatz 3 des § 251 schlieſslich ist die wichtige Folge abzuleiten, daſs, wenn auch Leistungsbereitschaft des Schuldners ohne Rücksicht auf die Notwendigkeit der Oblation zu den Voraussetzungen der mora creditoris gehört, nicht der Schuldner dieselbe nachzuweisen verpflichtet ist, es vielmehr Sache des Gläubigers ist, das Nichtvorhandensein des Leistungsvermögens, wenn er dasselbe bestreiten will, darzuthun.

Darauf hingewiesen werden mag an dieser Stelle noch, daſs das wörtliche Angebot der schuldigen Leistung sich als eine Willenserklärung darstellt, die einem andern gegenüber abzugeben ist[2]). Demnach wird das Angebot gemäſs § 107 Abs. 1 des Entwurfs II. Lesung regelmäſsig mit dem Zeitpunkt wirksam, in welchem es dem andern Teil zugeht. Auf

1) Motive Bd. II zu § 256 d. Entw. I. Les. S. 73.

2) Vgl. Rocholl und Niedner, Vorschläge zur Abänderung des Entwurfs Anm. zu § 254.

eine Kenntnisnahme des Gläubigers kommt es um so weniger an, als das Angebot nach § 108 auch dann als zugegangen gilt, wenn die diesbezügliche Erklärung durch Vermittelung eines Gerichtsvollziehers nach den Vorschriften der Civilprozefsordnung zugestellt ist. Dafs aber die Wirksamkeit einer civilprozessualischen Zustellung von der Kenntnis dessen, dem zugestellt wird, nicht abhängt, ist bekannt.

In Übereinstimmung mit dem richtig verstandenen römischen und gemeinen Recht hat der Entwurf die mora des Gläubigers von einer von diesem zu vertretenden Schuld nicht abhängig gemacht. Dieser Standpunkt ist unter den Kritikern des Entwurfs insbesondere von ROCHOLL und NIEDNER angegriffen worden. In dem von ihnen publizierten Gegenentwurf haben sie in § 254 eine Bestimmung vorgeschlagen, derzufolge der Gläubiger dann in Verzug gerät, wenn die Annahme „aus einem von ihm zu vertretenden Umstande" vereitelt wird. Wenn in der Begründung zu dieser Bestimmung den Motiven der Vorwurf gemacht wird, dafs die Vorschrift, wie sie auch in der ersten Lesung des Entwurfs vorgeschlagen ist, in denselben eine namentlich mit Rücksicht auf den Umstand, dafs hierin eine Abweichung von der überwiegenden Mehrzahl der bisherigen Gesetzgebungen liege, ausreichende Begründung nicht gefunden habe, so kann die Berechtigung dieses Vorwurfs nicht zugegeben werden. Allerdings ist es richtig, dafs die modernen Legislationen und Entwürfe fast ausschliefslich der culpa-Theorie folgen, aber andererseits verdient doch die Thatsache Beachtung, dafs gerade das römische und gemeine Recht, die eigentliche letzte Quelle der Lehre vom Gläubigerverzug, jene Theorie nicht kennt. Sodann aber deuten die Motive durchaus treffend darauf hin[1]), wenn auch vielleicht

---

1) a. a. O. S. 69.

ohne die erforderliche Betonung gerade der Wichtigkeit dieses Gesichtspunkts, dafs ohne den Gedanken, der Gläubiger sei als solcher und schlechthin zur Annahme verpflichtet, die Theorie, nach welcher zur mora des Gläubigers eine vertretbare Schuld desselben zu erfordern sei, des eigentlichen Grundes ermangele. In der That aber erscheint diese Instanz durchschlagend. Eine Verschuldung involviert mit Notwendigkeit den Gedanken einer Pflichtverletzung. Fragt man aber weiter, welche Pflicht man sich vorliegend als verletzt zu denken habe, so wird man — abgesehen von den oben berührten unhaltbaren Aufstellungen SCHEY's — den Gedanken einer Verpflichtung des Gläubigers zur Annahme heranziehen müssen, ein Gesichtspunkt, der in dieser Allgemeinheit am allerwenigsten in unserem werdenden Recht Verwendung finden sollte. Wenn ROCHOLL und NIEDNER ferner das Erfordernis der culpa aus dem Prinzip ableiten wollen, dafs alle diejenigen Nachteile, welche den einen Kontrahenten treffen, diesem solange zur Last fallen müssen, als nicht erhelle, dafs diese Nachteile auf Umstände, die der andere Teil zu vertreten habe, zurückzuführen seien, so haben wir oben bereits in Polemik gegen die ganz ähnlichen Ausführungen WINDSCHEIDS nach dem Vorgange KOHLERS darauf hinweisen zu müssen geglaubt, dafs nach diesem Prinzip auch dem Schuldner nicht Nachteile zur Last gelegt werden können, welche nicht in seiner Person, sondern in derjenigen des Gegenkontrahenten ihren Grund haben.

Gegenüber allzu rigorosen Folgen, die sich etwa aus dem Prinzip der Irrelevanz einer Schuld auf seiten des Gläubigers ergeben möchten, wirkt auch das Erfordernis des Angebots mildernd. Da ohne ein solches, abgesehen von den besonderen Fällen des § 251 Abs. 2 des Entwurfs II. Lesung, Gläubigerverzug nicht stattfindet, so scheiden von vornherein

alle diejenigen Fälle aus, bei welchen, sei es auf Grund einer Schuld des Gläubigers, sei es ohne eine solche, eine Oblation nicht stattfinden kann, so z. B. wenn der Gläubiger sich in unbekannter Abwesenheit oder in einer belagerten Festung befindet. Hier bleibt dem Schuldner nichts anderes übrig, als Hinterlegung nach Maſsgabe des § 321 oder Selbsthülfeverkauf gemäſs § 330 des Entwurfs II. Lesung. Es leuchtet aber ein, daſs, besonders nach Abzug der erwähnten Fälle, Nichtannahme ohne gleichzeitige Schuld des Gläubigers zu den seltenen Ausnahmen gehören wird. Dieser Gesichtspunkt aber, auf welchen auch ROCHOLL und NIEDNER hinweisen, dürfte zu Gunsten des dem Entwurf zu Grunde liegenden Prinzips ins Gewicht fallen.

Wenn sonach prinzipiell auf die Frage, ob der Gläubiger an der Annahme verhindert ist oder nicht, an sich nichts ankommt, so findet sich jedoch eine Abschwächung dieses Prinzips in § 253 des Entwurfs II. Lesung. Die in den ersten Entwurf nicht aufgenommen gewesene Bestimmung dieses Paragraphen geht dahin, daſs, wenn die Leistungszeit nicht bestimmt oder der Schuldner berechtigt ist, vor der bestimmten Zeit zu leisten, der Schuldner die Leistung dem Gläubiger eine angemessene Zeit vorher anzukündigen gehalten ist, widrigenfalls der Gläubiger nicht dadurch in Verzug gerät, daſs er vorübergehend an der Annahme der angebotenen Leistung verhindert ist. Um die Tragweite dieser Vorschrift richtig zu würdigen, muſs man erwägen, daſs nach § 227 Abs. 2 des Entwurfs der Schuldner bei bestimmter Leistungszeit im Zweifel auch vor derselben zu erfüllen berechtigt ist. Andererseits ist für die Anwendungssphäre des § 253 erheblich, daſs nach dem Wortlaut des Gesetzes unter den dort gedachten Voraussetzungen die Nichtankündigung der Leistung auch dann den Gläubigerverzug ausschlieſst, wenn der Gläubiger

durch einen von ihm zu vertretenden Umstand an der Annahme verhindert ist. Indem sonach der Ausschlufs der mora creditoris nicht an Schuldlosigkeit des Gläubigers geknüpft ist, ergiebt sich, dafs § 253 jedenfalls einen Kompromifs mit der culpa-Theorie nicht enthält.

Dafs die Bestimmung des § 253 Beifall verdient, ist, wie wir meinen, nicht zu bezweifeln. In den insbesondere im Hinblick auf die erwähnte Bestimmung des § 227 Abs. 2 des Entwurfs II. Lesung gewifs nicht seltenen Fällen, bei welchen die Voraussetzungen des § 253 vorliegen werden, würde es als unbillig zu erachten sein, wenn dem Gläubiger zugemutet würde, ohne vorherige Ankündigung der bevorstehenden Leistung zur Annahme derselben bereit zu sein. Man denke nur an den Fall einer umfangreichen Warensendung, zu deren Aufnahme etwa ein Stätteplatz oder ein Lagerraum freigemacht werden mufs. Gewifs leuchtet ein, dafs es eine wirtschaftliche Härte für den Käufer wäre, wenn er bis zum Eintritt der Leistung gezwungen wäre, den erforderlichen Raum, um ihn zum gegebenen Momente zur Verfügung zu haben, vielleicht ganz unbenutzt zu lassen[1]). Auch würde der Chicane Thür und Thor geöffnet sein, wenn der Schuldner in der Lage wäre, jede vorübergehende Behinderung des Gläubigers an Annahme der Leistung zu benutzen, um den Gläubiger in Verzug zu setzen und sich so seine eigene Haftung zu erleichtern[2]).

---

1) Bereits Rocholl und Niedner a. a. O. haben eine der Vorschrift des § 253 ähnliche Bestimmung in Vorschlag gebracht. Der legislatorische Grund, den sie anführen, dürfte jedoch der fraglichen Gesetzesstelle des Entwurfs II. Les. kaum zu Grunde liegen, da eine Kenntnisnahme des Gläubigers von dem erfolgten wörtlichen Angebot nach den Grundsätzen des Entwurfs II. Les. eben nicht erforderlich ist Vgl. übrigens Laband, Arch. f. civ. Praxis Bd. 73 S. 21.

2) Vgl. Gruchots Beiträge Bd. 36 S. 882.

Zweites Kapitel.

Wirkungen des Gläubigerverzuges.

§ 14.

Von den Vorschriften des Entwurfs II. Lesung über die Wirkungen des Gläubigerverzuges seien hier zunächst folgende wiedergegeben:

§ 254.

Der Schuldner hat während des Verzuges des Gläubigers nur Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu vertreten.

Wird eine nur der Gattung nach bestimmte Sache geschuldet, so geht die Gefahr mit dem Zeitpunkt auf den Gläubiger über, in welchem er durch Nichtannahme der angebotenen Sache in Verzug kommt.

§ 255.

Bei einer verzinslichen Geldschuld ist der Schuldner während des Verzugs des Gläubigers zur Zahlung von Zinsen nicht verpflichtet.

§ 256.

Hat der Schuldner die Nutzungen eines Gegenstandes herauszugeben oder zu ersetzen, so beschränkt sich seine Verpflichtung während des Verzugs des Gläubigers auf die Nutzungen, welche er gezogen hat.

§ 258.

Der Schuldner kann im Falle des Verzugs des Gläubigers Ersatz der Mehraufwendungen verlangen, die er für das erfolglose Angebot sowie für Aufbewahrung und Erhaltung des geschuldeten Gegenstandes machen mufste.

Dafs nach § 254 Abs. 1 im Falle des Gläubigerverzuges die Haftung auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit reduziert wird, entspricht sowohl dem gemeinen Recht, als auch der weit überwiegenden Mehrzahl der neueren Kodifikationen und Entwürfe. Die diesbezügliche Vorschrift bedarf ebensowenig einer Rechtfertigung, als der Umstand, dafs weder die Wirksamkeit dieser noch die der übrigen eine Abschwächung der schuldnerischen Verpflichtungen im Falle des Gläubigerververzuges statuierenden Bestimmungen an die Unzulässigkeit oder Unmöglichkeit des Gebrauchs derjenigen Selbstbefreiungsmittel geknüpft ist, welche das Recht dem durch Annahmeverzug in seinen Interessen bedrohten Schuldner gewährt.

Eine wenn auch kurze Besprechung erheischt jedoch der Abs. 2 des § 254. Wenn hier festgesetzt ist, dafs mit dem Gläubigerverzug bei generischen Leistungen die Gefahr auf den Gläubiger übergeht, so entsteht mit Rücksicht auf unsere diesbezüglichen Erörterungen de lege lata für uns die Frage, was in dieser Hinsicht bei Alternativobligationen Rechtens ist. Die Antwort ergiebt § 222 des Entwurfs II. Lesung (§ 211 I. Lesung). Hiernach beschränkt sich die Verpflichtung, wenn eine der Leistungen später unmöglich geworden ist, auf die übrigen Leistungen, ohne dafs einem etwa eingetretenen Gläubigerverzug irgend ein Einflufs beigemessen wäre. Wenn also von zwei den Gegenstand einer Wahlverbindlichkeit bildenden Objekten das dem Gläubiger angebotene, von diesem aber nicht angenommene demnächst

untergegangen ist, so bleibt der Schuldner das andere Objekt zu leisten verpflichtet. Der für den gedachten Thatbestand im gemeinen Recht ausgesprochene Rechtsgrundsatz [1]), demzufolge der Schuldner befreit wird, würde nach dem Entwurf gemäfs § 222 Satz 2 nur dann eintreten, wenn der Gläubiger die Annahme schuldhaft unterlassen hat. Danach dürfte der in den Motiven [2]) allgemein ausgesprochene Satz, dafs mit dem Eintritt der mora accipiendi die Gefahr in Ansehung des Leistungsgegenstandes auf den Gläubiger übergeht, in dieser weiten Fassung den Vorschriften des Entwurfs nicht entsprechen; was Alternativobligationen wenigstens angeht, bleibt, abgesehen von den Fällen verschuldeter Nichtannahme, die Gefahr bei dem Schuldner. Ob eine so erhebliche Abweichung von derjenigen Anordnung, welche der Entwurf bezüglich der generischen Obligationen getroffen hat, hinsichtlich der Alternativobligationen gerechtfertigt ist, darf billig bezweifelt werden. Wir meinen, dafs ein Grund nicht erkennbar ist, welcher in Bezug auf die Folgen des Gläubigerverzuges zwischen den Instituten der Genus- und der Wahlobligationen einen so tiefgreifenden Unterschied zu statuieren genötigt hätte. Zweckmäfsiger und der Billigkeit mehr entsprechend wäre es gewesen, wenn der Entwurf mit dem gemeinen Recht in dieser Hinsicht generische und alternative Obligationen gleichgestellt und auch bei den letzteren dem Gläubiger die Folgen seines Verzuges zur Last gelegt hätte.

Andererseits ist allerdings auch, abgesehen von der Bestimmung des § 254, in dem Entwurfe der Rechtsgrundsatz, dafs der Gläubiger von dem Verzuge der Annahme ab die Gefahr zu tragen hat, legislatorisch zur Geltung gebracht, und

---

1) Vgl. l. 105 D. 45, 1.

2) a. a. O.

zwar auch für den Fall, dafs eine bestimmte Spezialleistung den Gegenstand der Obligation bildet. Wir wissen, dafs nach gemeinem Recht die Gefahr eines bestellten Werkes, welche an sich erst mit der Approbation auf den Besteller übergeht, im Falle der mora accipiendi schon mit dieser auf den Besteller übertragen wird. Die durchaus entsprechende Bestimmung findet sich in § 580 Abs. 1 II. Lesung:

> Der Unternehmer trägt die Gefahr bis zur Abnahme des Werkes. Kommt der Besteller in Verzug der Abnahme, so geht die Gefahr auf ihn über. Für den zufälligen Untergang und eine zufällige Verschlechterung des von dem Besteller gelieferten Stoffes ist der Unternehmer nicht verantwortlich.

Eine für den Übergang der Gefahr auf den Gläubiger bei Verzug desselben erhebliche Vorschrift von allgemeinerer Fassung findet sich in § 275 Abs. 2 des Entwurfs II. Lesung, welche in Verbindung mit dem zu seinem Verständnis heranzuziehenden Abs. 1 also lautet:

> Wird die aus einem gegenseitigen Vertrage dem einen Teile obliegende Leistung infolge eines von dem anderen Teile zu vertretenden Umstandes unmöglich, so behält er den Anspruch auf die Gegenleistung. Er mufs sich jedoch den Wert desjenigen anrechnen lassen, was er infolge der Befreiung von der Leistung erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erworben hat oder hätte erwerben können, wenn er es nicht böswillig unterlassen hätte.
>
> Das Gleiche gilt, wenn die dem einen Teile obliegende Leistung infolge eines von ihm nicht zu vertretenden Umstandes zu einer Zeit unmöglich wird, in welcher der andere Teil im Verzuge der Annahme ist.

Daſs in § 275 zum Ausdruck gebracht ist, daſs das periculum interitus vom Moment des Verzuges des Gläubigers an von diesem zu tragen ist, leuchtet ein, wenn man erwägt, daſs, wenigstens bei Verschuldung einer species die Abwälzung der Haftung für Gefahr sich wesentlich darin äuſsert, daſs der Schuldner den Gegenanspruch behält, obwohl das Objekt der schuldnerischen Verpflichtung kasuell untergegangen ist. Um die Bedeutung dieser Vorschrift recht zu würdigen, genügt es darauf hinzuweisen, daſs nach § 387 des Entwurfs II. Lesung die Gefahr einer verkauften Sache prinzipiell erst mit der Übergabe, resp. (bei Immobilien) mit der vorherigen Eigentumseintragung in das Grundbuch auf den Käufer übergeht. Es ergiebt jedoch der § 387 zugleich einen Mangel des Entwurfs hinsichtlich der Lehre vom Gefahrübergang bei mora creditoris. Denn während nach § 387 der Moment der Übergabe, resp. der vorherigen Eintragung ins Grundbuch für den Übergang der Gefahr sowohl des zufälligen Unterganges als auch einer zufälligen Verschlechterung maſsgebend ist, ist in § 275 nur für das Vorliegen einer Unmöglichkeit der Leistung bestimmt, daſs, sofern die Unmöglichkeit eingetreten ist, nachdem der Gläubiger in Annahmeverzug geraten, der andere Teil den Anspruch auf die Gegenleistung behält. Wie mithin aus § 275 nicht gefolgert werden kann, daſs bei mora accipiendi auch das periculum deteriorationis auf den Gläubiger übergeht, so finden wir auch sonst in dem Entwurfe keine Bestimmung, aus welcher eine demjenigen Resultat, welches sich aus § 275 für den Fall der Unmöglichkeit der Leistung ergiebt, entsprechende Folge hinsichtlich der Gefahr der Verschlechterung abzuleiten wäre. Danach wäre anzunehmen, daſs nach eingetretener mora creditoris zwar nicht mehr die Gefahr zufälligen Unterganges, wohl aber die Gefahr zufälliger Verschlechterung der verkauften Sache von dem Verkäufer

zu tragen ist. Man wende auch nicht ein, dafs die prinzipielle Freiheit des Schuldners von der Verpflichtung, für Gefahr zu haften, aus § 254 Abs. 1, woselbst der Schuldner während des Gläubigerverzuges nur Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu vertreten für schuldig erklärt wird, abzuleiten sei. Wäre diese Auffassung richtig, so wäre, von allem anderen abgesehen, § 275 Abs. 2 überflüssig, was doch gewifs nicht zu unterstellen ist. Dafs aber die verschiedenartige Behandlung des periculum interitus und des periculum deteriorationis im Falle des Gläubigerverzuges, mit welcher eine aufserordentlich erhebliche Abweichung von dem bisher geltenden Recht statuiert wäre, sowohl dem erwähnten Satze der Motive, demzufolge bei mora accipiendi die Gefahr auf den Gläubiger prinzipiell übertragen wird, widersprechen würde, als auch mit Rücksicht auf Billigkeit und Zweckmäfsigkeit und die Natur der Sache höchst bedenklich erscheinen müfste, scheint uns geradezu evident zu sein.

Wir meinen nach alledem, dafs, um dem gewifs richtigen Prinzip der Motive praktische Folge zu geben und alle Zweifel abzuschneiden, es empfehlenswert wäre, die in § 254 Abs. 2 enthaltene Beschränkung auf generische Leistungen aufzugeben und dem Absatz 2 des § 254 folgende Fassung zu geben:

> Die Gefahr geht mit dem Zeitpunkt auf den Gläubiger über, in welchem er durch Nichtannahme der angebotenen Sache in Verzug kommt.

Es sei uns gestattet, an dieser Stelle noch einer für die Lehre vom Gläubigerverzuge erheblichen Bestimmung Erwähnung zu thun, wenngleich dieselbe in den jene Lehre ex professo behandelnden Titel 2 des Abschnitt I Buch II nicht Aufnahme gefunden hat. Das gemeine Recht schiebt bekanntlich die Zulässigkeit der Geltendmachung des dem Schuldner zustehenden Gegenanspruchs im Falle der mora creditoris

nicht bis zu dem Momente hinaus, in welchem durch Eintritt eines zufälligen Schadens die Unmöglichkeit der schuldnerischen Leistung festgestellt ist, sondern gestattet dem Schuldner die Klage auf die Gegenleistung, sobald nur der Gläubiger die ihm angebotene Leistung nicht angenommen hat. Ein im wesentlichen gleiches Resultat ist aus den §§ 273, 231 des Entwurfs II. Lesung zu entnehmen. Nach diesen Bestimmungen ergiebt sich folgende Rechtslage: Bei einem wechselseitigen Vertrage kann jeder Teil, sofern nicht Vorleistung auf einer Seite vereinbart ist, von vornherein auf Erfüllung Zug um Zug klagen. Hat der eine Teil vorzuleisten, so ist er, wenn der andere Teil sich im Annahmeverzuge befindet, Verurteilung desselben zur Leistung nach Empfang der Gegenleistung zu verlangen befugt. In jedem Falle aber ist die Zwangsvollstreckung aus dem ergangenen Urteile davon unabhängig, dafs die dem Schuldner obliegende Leistung bewirkt wird, m. a. W.: in jedem Falle ist bei mora creditoris der Anspruch des Schuldners auf Gegenleistung durchsetzbar, sofern nicht die Fälligkeit desselben vertragsmäfsig oder kraft Gesetzes hinausgeschoben ist.

Weiter noch geht der Entwurf hinsichtlich des Dienstvertrages, indem er, wenn der Dienstberechtigte mit der Annahme der Dienste in Verzug kommt, dem Verpflichteten zwar den Anspruch auf das Äquivalent für die infolge des Verzuges nicht geleisteten Dienste reserviert, dem Berechtigten aber den Anspruch auf Nachleistung der Dienste abschneidet.

Der hier einschlägige § 556 des Entwurfs II. Lesung lautet:

> Kommt der Dienstberechtigte mit der Annahme der Dienste in Verzug, so kann der Verpflichtete für die infolge des Verzuges nicht geleisteten Dienste die vereinbarte Vergütung verlangen, ohne zur

Nachleistung verpflichtet zu sein. Er mufs sich jedoch den Wert desjenigen anrechnen lassen, was er infolge des Unterbleibens der Dienstleistung erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Dienste erworben hat oder hätte erwerben können, wenn er es nicht böswillig unterlassen hätte.

Dafs der Arbeiter im Falle der Nichtannahme seiner Leistung den kontraktgemäfsen Anspruch auf die Gegenleistung behält, entspricht der Natur der Sache und den allgemeinen Prinzipien, welche die Lehre vom Gläubigerverzuge beherrschen. Hierüber ist denn auch kein Streit. Danach stellt sich in dem gedachten Falle der Anspruch des Dienstverpflichteten durchaus nur als Kontraktsanspruch und nicht etwa, wie man auch gemeint hat, als Schadensersatzbegehren dar. Ebensowenig wird in Frage gestellt, dafs der Arbeiter von seinem Anspruch sich in Abzug bringen lassen mufs, was er durch die Nichtleistung an Auslagen, welche ihm im Falle der Leistung erwachsen wären, erspart. Dagegen ist nicht unbestritten, ob der Arbeiter für verpflichtet anzusehen ist, sich abzuziehen, was er mit seiner infolge des Annahmeverzuges freigewordenen Arbeitskraft anderweitig verdient hat. KOHLER [1]) ist de lege ferenda der Ansicht, dafs eine Anrechnung des anderweitigen Verdienstes regelmäfsig unterbleiben solle, schlägt jedoch für die Gesetzgebung die Feststellung einer Maximalgrenze, eines bestimmten Prozentsatzes vor, um welchen der etwa sonst gemachte Erwerb die vereinbarte Vergütung im Höchstbetrage überschreiten dürfe, so dafs in dem gedachten Falle der Anspruch des Dienstverpflichteten dem sonstigen Erwerbe zuzüglich einer „Fautmiete“ gleichkomme. Allein die Arbeitskraft ist für den Arbeiter ebenso ein wirtschaftliches Gut, wie

1) a. a. O. S. 371—372.

sein Arbeitsgerät und sein Barkapital. Indem er im Falle des Annahmeverzuges von der Arbeitsverpflichtung frei wird[1]), erspart er damit ebenfalls die Verwendung eines wirtschaftlichen Gutes, mufs sich also den Wert desselben nicht minder in Abzug bringen lassen, als ersparte Barauslagen. Allerdings würde dieser Gesichtspunkt streng genommen zu dem vom hessischen[2]) und bayerischen[3]) Entwurf gezogenen Resultat führen, dafs der Arbeiter sich abziehen müfste, was er anderweitig zu verdienen auch nur in der Lage gewesen wäre. Aber sich auf den Arbeitsmarkt zu stellen, resp. einen beliebigen anderen Kontrahenten zu suchen, kann im Falle des Annahmeverzuges dem Arbeitnehmer nicht zugemutet werden, und so entspricht es gewifs der Billigkeit, wenn der Entwurf neben dem sonst gemachten Verdienst nur das berücksichtigt wissen will, was der Arbeiter anderweitig erworben hat oder zu erwerben in der Lage gewesen wäre, wenn er die anderweitige Verwertung seines Arbeitsvermögens nicht dolos unterlassen hätte.

Dem bisher geltenden Rechte schliefsen sich im wesentlichen auch die Vorschriften der §§ 256 über die Pflicht zur Herausgabe von Früchten und 261 des Entwurfs an. Der Anspruch, welchen § 261 dem Schuldner auf Ersatz der Mehraufwendungen, die für das erfolglose Angebot, sowie für Aufbewahrung und Erhaltung des Obligationsobjekts zu machen waren, darreicht, wird von den Motiven[4]) dahin erläutert, dafs der Schuldner „kraft Gesetzes im Interesse des Gläubigers gleichsam als dessen negotiorum gestor“ gehandelt

1) Vgl. hierüber Motive Bd. II S. 462.
2) Art. 222.
3) Art. 498.
4) Bd. II S. 76.

habe. Die Fassung der Motive ist nicht eine derartige, dafs angenommen werden müfste, der in Rede stehende Impensenanspruch solle geradezu auf den Begriff einer actio negotiorum zurückgeführt werden. Übrigens würde einem solchen Versuch, jenen Anspruch juristisch zu konstruieren, auch nach dem Rechte des Entwurfs das Bedenken entgegenstehen, welches uns gegenüber derjenigen Lehre ausschlaggebend erschien, die auf den Impensenanspruch, wie er bereits im römischen und gemeinen Rechte anerkannt ist, den Begriff der actio negotiorum gestorum contraria zur Anwendung gebracht wissen will, nämlich der Umstand, dafs gegen eine so konstruierte Impensenklage der Einwand mangelnder Utilität nur allzuleicht durchgreifen müfste. Die Erheblichkeit dieses Einwandes könnte um so weniger in Zweifel gezogen werden, als der Entwurf sich hinsichtlich des Erfordernisses der utilitas bei der negotiorum gestio dem strengen subjektiven Prinzip angeschlossen hat[1]). Dies tritt in der klaren und durchaus unzweideutigen Fassung des § 614 des Entwurfs II. Les. zu Tage. Gerade beim Gläubigerverzuge wird es in aufserordentlich zahlreichen Fällen, vielleicht in der Mehrzahl derselben, dem wirklichen Willen des Gläubigers nicht entsprechen, dafs auf die Sache, deren Annahme er verweigert, Kosten verwandt werden. Und ebenso wird der Schuldner regelmäfsig nicht für sich anzuführen in der Lage sein, wie er mit Grund habe vermuten können, es liege nicht nur im Interesse, sondern auch im Willen des Gläubigers, dafs Aufwendungen auf Erhaltung und Aufbewahrung der Sache gemacht werden. Wir werden uns danach bescheiden müssen, dem Impensenanspruch, wie nach gemeinem Rechte, so nach demjenigen des Entwurfs, den Charakter eines obligatorischen

1) Motive Bd. II S. 860.

Rechts sui generis zuzuweisen, mit der Mafsgabe, dafs derselbe sich bei Kontraktsverhältnissen dem Rahmen der Vertragsklage einfügt. Eine Differenz ergiebt sich gegenüber der Lehre des gemeinen Rechts in dieser Hinsicht nur in folgender Beziehung: Aus den Quellen des gemeinen Rechts läfst sich ein Anspruch auf Ersatz der Aufwendungen für Bewahrung und Konservierung der Sache nur in Bezug auf vertragsmäfsige Verbindlichkeiten ableiten. Was aufserkontraktliche Obligationen anbelangt, so ist der Schuldner auf eine Retentionseinrede (exceptio doli) beschränkt. Es bedarf keiner Ausführung, dafs der Ersatzanspruch des § 261 des Entwurfs sowohl bei kontraktlichen als aufserkontraktlichen Verbindlichkeiten gegeben ist, eine Normierung, die offenbar den Anforderungen der Billigkeit und Zweckmäfsigkeit entspricht.

Nicht unerwähnt zu lassen ist, dafs da, wo der Entwurf einen Abnahmeanspruch anerkennt, insbesondere beim Kauf, der Gläubiger im Falle des Abnahmeverzuges dem Schuldner nicht nur die Kosten des erfolgten Angebots und die Aufwendungen für Aufbewahrung und Erhaltung der Sache, sondern geradezu den durch den Verzug etwa sonst entstandenen Schaden zu ersetzen verpflichtet ist. Dem Schadensersatzanspruche als solchem entgeht der Gläubiger-Schuldner nur dann, wenn er darthut, dafs die Annahme infolge eines von ihm nicht zu vertretenden Umstandes unterblieben oder verzögert ist, mit anderen Worten, wenn er seine Schuldlosigkeit nachweist. Es wird dies von den Motiven ausdrücklich betont[1]) und ergiebt sich ohne weiteres aus den §§ 242 und 241 des Entwurfs II. Les. Denn, wie die Motive richtig bemerken, hat in solchem Falle der Gläubigerverzug zugleich den Charakter einer mora solvendi.

---

2) a. a. O. S. 76.

Im Gegensatz zu den im vorhergehenden besprochenen Rechtsfolgen der mora creditoris, welche nicht oder doch nur in untergeordneten Punkten von der gemeinrechtlichen Lehre abweichen, erkennt der Entwurf im weiteren Wirkungen des Gläubigerverzuges an, welche sich in der Art in den Quellen des gemeinen Rechts nicht begründet finden. Dahin gehört die Bestimmung des § 255. Wenn hiernach der Schuldner einer verzinslichen Geldschuld während des Verzuges des Gläubigers Zinsen zu zahlen nicht verpflichtet ist, so ist allerdings die Berechtigung dieser Vorschrift, soweit es sich um Verzugszinsen handelt, aufser Frage, erscheint jedoch hinsichtlich der sonstigen, insbesondere der vertragsmäfsigen Zinsen keineswegs unbedenklich. Die Motive[1]) führen zur Verteidigung des Standpunkts des Entwurfs an, dafs derselbe den Schuldner im Falle des Gläubigerverzuges nicht auf das Mittel der Hinterlegung beschränke oder hindränge, und dafs, wenn auch unter normalen Verhältnissen davon auszugehen sei, dafs jedermann Geld nutzbar zu verwenden in der Lage sei, und auch nutzbar verwenden werde, diese Voraussetzung doch in dem Falle nicht zutreffen werde, wo geschuldetes Geld dem Gläubiger vergeblich angeboten sei, da der Schuldner trotz der Nichtannahme jeden Augenblick besorgen, zum mindesten aber darauf gefafst sein müsse, dafs der Gläubiger seine Forderung geltend machen werde.

Allein trotz dieser gewifs beachtenswerten Erwägungen können wir uns nicht von der Unhaltbarkeit des in den römischen Rechtsquellen und der grofsen Mehrzahl der modernen Kodifikationen und Entwürfe in dieser Beziehung festgehaltenen Standpunkts überzeugt halten. Man sollte, wie wir meinen, nicht bestreiten, dafs Zinsen, insbesondere Kon-

1) S. 75.

ventionalzinsen, die Natur einer Gegenleistung für den dem Schuldner gewährten Geldgenuſs haben. Wenigstens entspricht diese Auffassung den modernen wirtschaftlichen Verhältnissen gewiſs mehr, als die Anschauung, daſs die Zinsen eine in Prozenten des Kapitals fixierte Entschädigung für den dem Gläubiger entzogenen Geldgenuſs darstellen. Folgt aber aus dem für richtig zu haltenden Prinzip hinsichtlich des Wesens der Zinsen, daſs, solange der Schuldner im Besitze des Kapitals verbleibt, also auch nach fruchtlosem Angebot, die Zinspflicht fortdauert, so wird man sich auch, was den praktischen Standpunkt angeht, der Erwägung nicht verschlieſsen können, daſs der Schuldner in keineswegs seltenen Fällen in der Lage sein wird, auch nach eingetretener mora accipiendi das Kapital zinsbar zu nutzen. Dies wird insbesondere dann der Fall sein, wenn der Gläubiger nicht annehmen will oder durch Umstände, deren alsbaldiges Aufhören nicht zu erwarten steht, an der Annahme verhindert ist. Will der Schuldner aber von der Zinspflicht freiwerden, so wird man ihm allerdings raten müssen, die Schuldsumme zu hinterlegen. Daſs hierin ein mit der Gesamtlehre des Entwurfs von der mora creditoris in Widerspruch stehendes Hindrängen auf das Mittel der Hinterlegung zu erblicken sei, nehmen wir nicht an. Eigentliche Freiheit von der Schuldverbindlichkeit erlangt der Schuldner auch nach dem Standpunkt des Entwurfs doch erst mit der Deposition. Besteht die Schuldverbindlichkeit aber an sich trotz des Annahmeverzuges fort, so sollte man auch kein Bedenken tragen, ihr accessorium, die Zinspflicht, fortwähren zu lassen. So richtig das Prinzip des Entwurfs ist, den Schuldner nicht auf Deposition hinzudrängen oder auf diesen Rechtsbehelf zu beschränken, so kann es andererseits doch auch nicht Aufgabe des Gesetzes sein, in weitgehendem Maſse den Schuldner gegen die Notwendigkeit zu schützen,

das an sich zweckmäfsige Mittel der Hinterlegung zur Hand zu nehmen. Es darf sonach die Frage wohl aufgeworfen werden, ob die Statuierung des in § 255 II. Les. (§ 259 I. Les.) enthaltenen Rechtsgrundsatzes nicht auf einer Überschätzung eines an sich richtigen Prinzips beruht. Nach alledem würden wir es nicht bedauern, wenn bei einer etwaigen nochmaligen Revision des Entwurfs die Vorschrift des § 255 dahin modifiziert würde, dafs sie auf Verzugszinsen beschränkt würde, oder, da es einer derartigen Vorschrift nicht einmal bedürfte, weil ihr Inhalt selbstverständlich ist, ganz fiele.

Eine vom geltenden Recht abweichende Normierung giebt der Entwurf auch für den Fall, dafs dem Gläubiger hinsichtlich des Leistungsgegenstandes ein Wahlrecht zusteht. Wir wissen, dafs nach geltendem Recht auf das Wahlrecht des Gläubigers der Verzug desselben keinen Einflufs hat. Welche Schwierigkeiten dieser Umstand in der Praxis im Gefolge hat, haben wir ebenfalls hervorgehoben. Der Versuch, diese Schwierigkeiten durch Übertragung des Wahlrechts von dem säumigen Gläubiger auf den Schuldner zu lösen, mufste mangels gesetzlicher Unterlage fruchtlos bleiben. Der Entwurf hat diese Übertragung des Wahlrechts in zweckmäfsigster Weise statuiert und damit jene Schwierigkeiten in höchst glücklicher Weise beseitigt. Die einschlägige Bestimmung lautet:

§ 221 Abs. 2 (II. Les.).

Ist der wahlberechtigte Gläubiger im Verzuge, so kann der Schuldner ihn unter Bestimmung einer angemessenen Frist zur Vollziehung der Wahl auffordern. Vollzieht der Gläubiger die Wahl nicht innerhalb der Frist, so geht das Wahlrecht auf den Schuldner über.

Es bedarf kaum der Hervorhebung, welche Bedeutung diese Bestimmung insbesondere auch für die oben besprochenen Fälle des Kaufs mit Spezifikationsbefugnis des Käufers hat.

Die erste Lesung des Entwurfs bestimmte in § 260 noch, dafs im Falle des Gläubigerverzuges gegen den Schuldner die besonderen rechtlichen Nachteile nicht eintreten, welche für den Fall der Nichtleistung bestimmt sind. Bei der zweiten Lesung wurde die Fortlassung des § 260 beschlossen, aus dem zutreffenden Grunde, weil die fragliche Vorschrift sich von selbst aus dem Wesen des Gläubigerverzuges ergiebt und somit eines besonderen Ausdrucks im Gesetze nicht bedarf. In der That ist nicht abzusehen, wie auch ohne die Bestimmung des § 260 I. Les. zu Ungunsten des Schuldners, falls er seine obligatorischen Pflichten, soweit er sie ohne Mitwirkung des Gläubigers erfüllen kann, durch ordnungsmäfsiges Angebot der Leistungssache genügt hätte, angenommen werden könnte, dafs eine für den Fall der Nichtleistung verabredete Konventionalstrafe verwirkt, dafs der Gläubiger von dem ihm für den Fall der Nichtleistung vorbehaltenen Recht des Rücktritts Gebrauch zu machen oder ein für diesen Fall konstituiertes Pfand zu veräufsern befugt sei, oder schliefslich dafs der für den Fall der Nichtzahlung der Prämie ausgemachte Verlust des Versicherungsrechts einzutreten habe[1]). Wenn sich allerdings in den römischen Rechtsquellen diese Konsequenzen ausdrücklich hervorgehoben finden, so ist der wesentliche Unterschied nicht zu verkennen, welcher zwischen einem teils

---

1) Vgl. auch Seuffert in Bekkers und Fischers Beiträgen Heft 11 S. 23; Gebhart in Gutachten aus dem Anwaltstande Heft 4 S. 267. Dafs, wie Seuffert behauptet, bisher kein Gesetz und kein Entwurf für nötig erachtet habe, derartiges zu bestimmen, wird sich übrigens im Hinblick auf oben citierte Vorschriften, wie sächs. b. G.B. § 1434; Dresd. Entw. Art. 126; hess. Entw. Art. 128 Nr. 1, kaum aufrecht erhalten lassen.

aus Excerpten von Kommentaren und Kompendien, teils aus Einzelentscheidungen zusammengesetzten, mit Gesetzeskraft versehenen Sammelwerk und einem modernen Gesetzbuch besteht. In das letztere gehören Folgerungen, welche sich von selbst aus dem Wesen eines Rechtsinstituts ergeben, mit nichten. Keinem Zweifel kann es übrigens unterliegen, daſs das Ausbleiben der auf den Fall der Nichtleistung gesetzten rechtlichen Nachteile im Falle des Gläubigerverzuges nach dem Rechte des Entwurfs nicht davon abhängt, ob der Schuldner den Schuldgegenstand hinterlegt oder nicht. Anders verhält es sich hinsichtlich der Frage, ob der Schuldner bei fruchtlosem Angebot Rückgabe des zur Sicherung der Obligation gestellten Faustpfandes zu verlangen berechtigt ist. In dieser Hinsicht ergeben die §§ 1130 Abs. 1 und 1131 des Entwurfs II. Lesung, daſs die mora accipiendi an sich den Pfandschuldner zur Anstellung der a. pigneraticia directa nicht legitimiert, daſs vielmehr Hinterlegung des Obligationsgegenstandes hinzutreten muſs.

Wie § 260 ist auch der § 262 des Entwurfs I. Lesung, welcher über die purgatio morae Bestimmung traf, bei der II. Lesung gestrichen worden. In der That ist eine gesetzliche Vorschrift über die Beendigung der mora accipiendi nicht erforderlich. Was vorliegen muſs, damit die mora accipiendi als beendigt anzusehen sei, ergiebt sich, wenn man erwägt, daſs trotz des Gläubigerverzuges die Obligation an sich fortbesteht, und daher der Schuldner in der Lage ist, durch Wiederholung des Angebots den Gläubiger zur Mitwirkung bei Setzung des Erfüllungsaktes zu veranlassen, der Gläubiger andererseits berechtigt bleibt, jederzeit sein Forderungsrecht dem Schuldner gegenüber geltend zu machen. In diesem Sinne bemerkt SEUFFERT[1]) zutreffend, daſs es sich

1) a. a. O. S. 23.

von selbst versteht, wie der Verzug aufhöre, wenn die Sachlage, welcher er seine Entstehung verdankt, ihr Ende erreiche.

Die im Vorstehenden besprochenen Bestimmungen des Entwurfs kommen dahin überein, daſs sie die Verpflichtung des Schuldners im Falle der mora creditoris zwar erheblich abschwächen, in ihrem eigentlichen Kern und Wesen jedoch unberührt lassen. Es gewährt jedoch der Entwurf, ebenso wie das geltende gemeine Recht und die meisten Partikularrechte, dem Schuldner auch Mittel, um sich auch ohne Mitwirkung des Gläubigers von jeglicher Pflicht der custodia hinsichtlich des Obligationsgegenstandes selbst zu befreien.

Von den drei oben besprochenen Mitteln der Selbstbefreiung des Schuldners hat der Entwurf der ersten Lesung dasjenige der Preisgebung der Leistungssache überhaupt nicht aufgenommen. Der Entwurf II. Lesung hat jedoch den Rechtsbehelf des alten römischen sowohl, als des alten deutschen Rechts in Bezug auf Immobilien in § 257 zur Anwendung gebracht. Der citierte Paragraph lautet:

> Ist der Schuldner zur Herausgabe eines Grundstücks verpflichtet, so kann er nach dem Eintritt des Verzugs des Gläubigers den Besitz aufgeben. Das Aufgeben ist erst nach vorgängiger Androhung zulässig, es sei denn, daſs diese unthunlich ist.

Daſs eine Zulassung des alten Dereliktionsprinzips hinsichtlich beweglicher Sachen mit den modernen wirtschaftlichen Anschauungen und Bedürfnissen unvereinbar wäre, haben wir oben bereits hervorgehoben, haben doch auch die römischen Juristen im Verlaufe der Entwickelung des römischen Rechts die Anwendung dieses Rechtsbehelfs möglichst hintanzuhalten gesucht. Andererseits ist nicht zu verkennen, daſs die Verwendung jenes Prinzips im Entwurfe II. Lesung, nämlich in Bezug auf Grundstücke, durchaus praktikabel er-

scheint, und dies umsomehr, als der Entwurf bei Immobilien weder den Rechtsbehelf des Selbsthülfeverkaufs noch denjenigen der Deposition (diese wäre nur als Sequestration zu denken) gewährt [1]). Ein Bedürfnis aber für den Schuldner, im Falle des Gläubigerverzuges von der custodia-Pflicht befreit zu werden, kann doch auch hinsichtlich von Grundstücken nicht wohl in Abrede gestellt werden. Man denke nur an den Fall, daſs etwa ein Landgut oder ein städtisches Zinshaus den Gegenstand der Verpflichtung bildet: es liegt in der Natur der Sache, daſs es für den Schuldner von sehr erheblichem Interesse ist, der Pflicht der Obsorge für derartige Vermögensstücke je eher je lieber sich enthoben zu sehen.

Im einzelnen betrifft § 257 nicht eigentlich nur den Fall, daſs der Schuldner zur Übertragung des Eigentums verpflichtet ist, sondern kommt vielmehr überall da zur Anwendung, wo immer die Verpflichtung auf Übertragung des Besitzes in dem allgemeinen Sinne der §§ 777 ff. des Entwurfs II. Lesung gerichtet ist. Dieser Sachlage entspricht es, daſs der Rechtsbehelf des § 257 nicht etwa in Eigentumsdereliktion, sondern vielmehr in Aufgabe des Besitzes besteht. Ist der Schuldner verpflichtet, das Eigentum eines Immobile zu übertragen, so kann er sich nicht etwa von dieser Verbindlichkeit auf dem durch § 257 vorgezeichneten Wege befreien, er ist auch nicht etwa befugt, gemäſs § 841 mit liberierender Wirkung auf das Eigentum am Grundstück zu verzichten, er bleibt vielmehr verbunden, gemäſs §§ 794, 838 des Entwurfs das Eigentum zu übertragen. Die Bedeutung des § 257 besteht eben lediglich darin, daſs der Schuldner, indem er in einer für das obligatorische Verhältnis erheblichen Weise den Besitz aufzugeben befugt ist, in der Lage ist, die Pflicht der custodia für

1) Vgl. hierüber Motive II S. 95.

die Sache von sich abzuwälzen. Insofern allerdings entbehrt die Vorschrift des § 257 auch für Obligationen, deren Gegenstand Eigentumsübertragung ist, nicht der Erheblichkeit, als der Schuldner nach erfolgter Besitzaufgabe für die Beschaffenheit der Sache, deren Eigentum zu transferieren ist, garnicht mehr zu haften braucht.

Während sonach der Rechtsbehelf der Preisgebung des Leistungsobjekts dem Rechte des Entwurfs zwar nicht fremd ist, aber in der Gestalt der Aufgabe des Besitzes von Immobilien, in welcher er recipiert ist, ein immerhin nur recht beschränktes Anwendungsgebiet zugewiesen erhalten hat, ist dagegen der Rechtsbehelf der Deposition nach dem Rechte des Entwurfs für den in seinen Interessen durch Annahmeverzug bedrohten Schuldner von wesentlichster Bedeutung. Allerdings unterscheidet sich die diesbezügliche Normierung des Entwurfs von der gemeinrechtlichen Lehre dadurch erheblich, dafs das gemeine Recht, wie wir wissen, hinsichtlich aller Objekte Deposition zuläfst, während § 321 des Entwurfs II. Lesung nur die Hinterlegung von Geld, Kostbarkeiten, Wertpapieren und sonstigen Urkunden gestattet[1]). Allein

1) Der Entwurf I. Les. wollte in § 272 die Hinterlegung sogar nur bei einem Schuldverhältnisse, welches die Leistung von Geld oder Wertpapieren zum Gegenstande hat, anerkannt wissen. Übrigens soll dem Einführungsgesetz vorbehalten bleiben, zu bestimmen, dafs kraft landesgesetzlicher Anordnung die Hinterlegungsstellen auch andere Sachen, als die in § 321 bezeichneten, anzunehmen gehalten sein können. Auf Immobilien wird sich die etwa zu erlassende landesgesetzliche Anordnung allerdings nicht beziehen können. Denn die §§ 321—329, welche nach der in das Einführungsgesetz aufzunehmenden Bestimmung auch für diejenigen Sachen mafsgebend sein sollen, welchen das Landesgesetz die Hinterlegungsfähigkeit beilegt, sind auf Immobilien offenbar unanwendbar, und ein auf Grundstücke anwendbares Sequestrationsverfahren einzuführen, ist hiernach der Landesgesetzgebung nicht gestattet. Dafs aber mit Rück-

einerseits springt die wirtschaftliche Wichtigkeit gerade der Objekte dieser Art in die Augen, andererseits ist dieser Rechtsbehelf auch hinsichtlich andersartiger Gegenstände anwendbar, sofern denselben durch Selbsthülfeverkauf der erzielte Preis als Leistungsobjekt substituiert ist (§ 330).

Dafs die Hinterlegungsbefugnis nicht auf Annahmeverzug beschränkt, sondern auch bei anderen Fällen der Unmöglichkeit oder von mangelnder Sicherheit der Leistung gewährt ist, hat der Entwurf mit fast allen für uns in Frage kommenden Rechten und Entwürfen gemein[1]). Wenngleich sonach die Deposition des Schuldobjekts in ihrer Bedeutung über die Lehre vom Annahmeverzuge hinausreicht, so mufs uns die grofse praktische Wichtigkeit gerade dieses Rechtsbehelfs für die mora accipiendi doch veranlassen, wenigstens auf die prinzipiell wichtigen Fragen dieses Teils des Entwurfs näher einzugehen, wie wir dies auch bei Erörterung des geltenden Rechts gethan haben, selbstverständlich jedoch nur insoweit, als die Lehre vom Annahmeverzuge berührt wird.

Hinsichtlich des Orts der Hinterlegung bestimmt der Entwurf nur, dafs dieselbe bei einer dazu bestimmten öffentlichen Stelle zu erfolgen habe. Die Bestimmung bleibt der Landesgesetzgebung überlassen. Der Erfüllungsort der Obligation hat auf die Wahl der Hinterlegungsstelle nur insofern Einflufs, als der Schuldner, wenn er nicht bei der Hinterlegungsstelle des Leistungsorts, sondern bei einer anderen Stelle hinter-

---

sicht auf die oben hervorgehobene Zweckmäfsigkeit einer Deposition von Immobilien in Gestalt einer Sequestration nicht empfehlenswert wäre, wenigstens der Landesgesetzgebung die Einführung eines Sequestrationsverfahrens zu gestatten, möchten wir trotz der Ausführungen der Motive S. 95 nicht ohne weiteres zugeben.

1) Nur das französische Recht (code civil art. 1257 ff.) kennt die Hinterlegung lediglich im Falle des Gläubigerverzuges.

legt, verpflichtet wird, dem Gläubiger den dadurch verursachten Schaden zu ersetzen (§ 321 Abs. 1 II. Lesung).

Ein der Hinterlegung notwendigerweise vorausgehendes Vorverfahren, eine gerichtliche Anordnung oder eine Zulassung seitens der Hinterlegungsstelle, eine an den Gläubiger zu richtende Aufforderung oder citatio ad videndum deponi seitens des Schuldners kennt der Entwurf nicht. Während in dem ersten Entwurf in Absatz 2 des § 273 ausdrücklich ausgesprochen war, dafs eine vorgängige gerichtliche Anordnung der Deposition nicht erforderlich sei, ist bei der zweiten Lesung in Aussicht genommen worden, in das Einführungsgesetz geeigneten Orts eine den Fortfall des fraglichen Erfordernisses bestimmende Vorschrift aufzunehmen[1]). Eine Regelung der Sache in diesem Sinne wird von den Motiven[2]) vollkommen ausreichend mit der Erwägung begründet, dafs jede nur vorläufige Entscheidung dem Rechte des Schuldners zu nahe treten könnte und bei Zulassung der Disposition nur unnütze Kosten verursachen würde. Jedem legitimen Bedürfnisse des Gläubigers ist genügt, indem der Schuldner gehalten ist, den Gläubiger von der erfolgten Hinterlegung, soweit thunlich, unverzüglich zu benachrichtigen, mit der Mafsgabe, dafs im Falle der Unterlassung die Verpflichtung des Schuldners eintritt, einen dem Gläubiger etwa erwachsenen Schaden zu ersetzen (§ 323 Abs. 2).

Was die Wirkungen der Hinterlegung anbelangt, so stellt der Entwurf I. Lesung in § 272 Abs. 2 den Satz auf, dafs durch die Hinterlegung der Schuldner von seiner Verbindlichkeit in gleicher Art befreit werde, wie durch die Leistung

1) Die Aufnahme einer diesbezüglichen Vorschrift ist erforderlich, da im übrigen im Einführungsgesetz den Landesgesetzen überlassen werden soll, über die Hinterlegung nähere Bestimmung zu treffen.

2) S. 97.

an den Gläubiger. Also vollständige Gleichstellung von Hinterlegung und Erfüllung! Allein dieser Satz, mit welchem sich der Entwurf I. Lesung allerdings in Übereinstimmung mit der herrschenden Lehre befindet, ist ein theoretisches Axiom geblieben. Praktisch wurde derselbe in den nachfolgenden Bestimmungen so gut wie ganz wieder aufgehoben, indem dem Schuldner das Recht der Zurücknahme des hinterlegten Gegenstandes, sofern er nicht bei der Hinterlegung auf dieses Recht verzichtet hat, prinzipiell eingeräumt wurde (§ 274). Im Falle der Zurücknahme aber sollte nach dem Rechte des ersten Entwurfs nicht nur die durch die Hinterlegung aufgehobene Schuldverbindlichkeit nebst allen Accessorien (Bürgschaften, Pfandrechten) wieder aufleben, sondern § 276 bestimmte auch, daſs während Bestehens der Rücknahmebefugnis ein Recht nicht geltend gemacht werden könne, welches von der Befriedigung des Gläubigers abhängig sei. Demnach konnte nach der im ersten Entwurf getroffenen Normierung dem Akte der Hinterlegung als Liberationsakt nur eine durchaus provisorische Wirkung beiwohnen, was mit dem Wesen der Erfüllung als dem notwendigerweise definitiv die Obligation beendenden rechtlichen Vorgang in einem unauflöslichen Widerspruch stehen muſste.

Offensichtlich beruht dieser Widerspruch im wesentlichen auf dem dem Schuldner beigelegten Recht der Zurücknahme des deponierten Gegenstandes. Die Motive[1]) sprechen es deutlich aus, daſs es der Aufstellung des Rechtssatzes, die (rechtmäſsige) Hinterlegung wirke als Erfüllung, eigentlich entsprechen würde, wenn dem Schuldner das Zurücknahmerecht nicht gewährt wäre, und verkennen nicht, daſs vom juristischen Standpunkt aus die Vorschriften über das Wieder-

1) S. 98.

aufleben der Verbindlichkeit im Falle der Zurücknahme und das nur unvollkommene Erlöschen der Schuld wenig empfehlenswert seien. Wenn dennoch der Entwurf „im Prinzip und als Regel" die Zurücknahmebefugnis gewährte, so rechtfertigen die Motive diese Regelung mit praktischen Erwägungen, indem sie die juristische Konstruktion des Rechtsverhältnisses, welches im Gefolge hat, daſs die Wirkungen der Erfüllung und damit diese selbst mit der Zurücknahme in sich zerfallen, der Rechtswissenschaft überlassen wollen. Wie jedoch die Auflösung des vorstehend bezeichneten Widerspruchs den Bearbeitern des geltenden Rechts nicht gelungen ist, so bezweifeln wir auch, daſs der Versuch einer Konstruktion auf dem Boden des werdenden deutschen Rechts zu einem befriedigenden Resultat geführt hätte. Es hat danach auch nichts Auffallendes, wenn von seiten der Kritik des ersten Entwurfs der Vorschlag gemacht worden ist, das Zurücknahmerecht auf die engsten Grenzen zu beschränken. So wollen insbesondere ROCHOLL und NIEDNER in § 274 ihres Gegenentwurfs dem Schuldner jene Befugnis nur dann gewährt wissen, wenn die Hinterlegung durch rechtskräftiges Urteil für unrechtmäſsig erklärt ist, ein Fall, in welchem freilich dem Schuldner das Zurücknahmerecht, wie immer man über dasselbe denken mag, schlechterdings nicht versagt werden kann. Aber ebendeswegen würde auch nach diesem Vorschlag die von den Urhebern desselben ebenfalls beklagte Inkongruenz zwischen dem in § 272 Abs. 2 I. Lesung aufgestellten Prinzip und dem Zurücknahmerecht nicht gehoben sein, und sodann würde, was speziell den uns vornehmlich interessierenden Fall des Annahmeverzuges angeht, die Beschränkung des Zurücknahmerechts auf so enge Grenzen, indem der eine Teil nicht annehmen will oder kann, der andere Teil nicht zurückzunehmen in der Lage ist, die Folge einer

jedenfalls vom wirtschaftlichen Standpunkte aus wenig empfehlenswerten Perpetuation des Obligationsverhältnisses haben. Dafs den Beteiligten die wirtschaftliche Nutzung eines wirtschaftlichen Gutes in möglichst geringem Mafse entzogen werde, darf geradezu als ein legislatorisches Postulat bezeichnet werden.

Es ergiebt sich jedoch weder die Notwendigkeit, dem Schuldner eine praktisch zweckmäfsige, ihm im geltenden Recht nahezu durchweg gewährte Befugnis zu versagen, noch auch eine unlösbare Schwierigkeit, wenn man anerkennt, dafs die Hinterlegung des Leistungsobjektes weder Erfüllung noch auch Surrogat einer solchen ist, vielmehr, was die Frage der Erfüllung anbelangt, nur zu einer solchen zu führen geeignet ist. Dies ist der Standpunkt des Entwurfs der zweiten Lesung. Dafs bei derselben dieser Standpunkt eingenommen worden ist, kann nur mit lebhafter Freude begrüfst werden. Es steht zu hoffen, dafs nunmehr die im vorstehenden besprochenen abwegigen Vorstellungen über das Wesen der Deposition, wie aus dem Gesetze, so aus der wissenschaftlichen Erörterung dieser Materie auf Nimmerwiederkehr verschwinden werden.

Über das Recht der Zurücknahme verhält sich in erster Linie § 325 II. Lesung:

> Der Schuldner hat das Recht, die hinterlegte Sache zurückzunehmen.
>
> Die Zurücknahme ist ausgeschlossen:
>
> 1. wenn der Schuldner der Hinterlegungsstelle erklärt, dafs er auf das Recht der Zurücknahme verzichte;
> 2. wenn der Gläubiger der Hinterlegungsstelle die Annahme erklärt;
> 3. wenn der Hinterlegungsstelle ein zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner ergangenes rechts-

kräftiges Urteil vorgelegt wird, durch welches die Hinterlegung für rechtmäfsig erklärt ist.

Indem sonach prinzipiell dem Schuldner die Zurücknahmebefugnis beigelegt ist, hat die Hinterlegung für den Regelfall nach § 327 Abs. 2 die Wirkung, dafs der Schuldner den Gläubiger auf die hinterlegte Sache verweisen kann. Hierin liegt, dafs bei Genusschulden, insbesondere Geldschulden, der hinterlegte Betrag als das definitive Objekt der Schuldverbindlichkeit anzusehen ist, und zugleich der Schuldner von jedweder ferneren Obsorgepflicht hinsichtlich der Leistungssache befreit wird. Die letztere Wirkung allein tritt ein, wenn eine Species das Objekt der Obligation bildet. Dieser Rechtslage entspricht es, wenn ferner in § 327 Abs. 2 bestimmt ist, dafs der Gläubiger nach erfolgter Hinterlegung die Gefahr der Sache zu übernehmen hat, und der Schuldner sowohl von der Verpflichtung, Zinsen zu zahlen, als auch Ersatz für nicht gezogene Nutzungen zu leisten, frei wird. Die Befreiung von der Ersatzpflicht bezüglich nicht gezogener Nutzungen erwächst gemäfs § 256 cit. zu Gunsten des Schuldners, dem ein moroser Gläubiger gegenübersteht, schon aus dem Annahmeverzuge als solchem. Immerhin war die Hervorhebung dieser Wirkung in § 327 mit Rücksicht auf die über die Grenzen des Gläubigerverzuges hinausgehende Anwendbarkeit des Rechtsbehelfs der Hinterlegung erforderlich. Dafs aber mit dem Akte der Hinterlegung für den Schuldner sowohl Freiheit von der Pflicht der Gefahrtragung als auch von der Pflicht, Zinsen zu leisten, eintreten mufs, ergiebt sich, wenn man erwägt, dafs nunmehr der Schuldner nicht mehr in der Lage ist, der Sache irgendwelche Obsorge zuzuwenden oder gar dieselbe wirtschaftlich zu nutzen.

Nicht unbedenklich dürfte der Schlufssatz des Absatz 2 des § 327 sein. Wenn hier bestimmt ist, dafs im Falle der

Zurücknahme der hinterlegten Sache durch den Schuldner die Hinterlegung als nicht erfolgt gilt, so ergiebt sich aus dieser Vorschrift, daſs nunmehr der Schuldner sowohl einen casus zu tragen hat, der die Sache, solange sie hinterlegt war, betroffen hat — sofern nicht die speziellen Vorschriften über die Wirkungen des Gläubigerverzuges den Schuldner gegen die Gefahrtragung schützen — als auch nachträglich zur Leistung von Zinsen für die Zeit der Hinterlegung verpflichtet wird. Zwar entspricht diese Normierung im wesentlichen dem geltenden Rechte, aber es bleibt doch zu erwägen, daſs der Schuldner sowohl, indem er die Sache deponierte, als auch, indem er sie zurücknahm, nur von seinem guten Rechte Gebrauch gemacht hat. Wenn nunmehr dennoch der Schuldner die Gefahr für eine Zeit, während der er für die Sache zu sorgen auſser stande war, zu tragen und Zinsen für eine Periode zu leisten verpflichtet wird, während welcher ihm einen wirtschaftlichen Nutzen aus der Sache zu ziehen unmöglich war, so gewinnt diese Folge der Zurücknahme immerhin etwas den Charakter einer Strafe für eine Handlung, welche das Gesetz ausdrücklich gestattet. Zur Begründung verweisen die Motive[1]) auf das geltende Recht und bemerken, daſs es dem Verhalten des zurücknehmenden Schuldners entspreche, dem Wiederaufleben der Schuldnerverpflichtung dergestalt rückwirkende Kraft beizulegen, daſs die Hinterlegung als nicht geschehen gelte. Ob diese Erwägungen ausreichend sind, um das geschilderte Bedenken zurücktreten zu lassen, erscheint zum mindesten sehr fraglich.

Während mithin der Entwurf II. Lesung es streng vermeidet, die Hinterlegung als solche mit dem Erfüllungsbegriff in Verbindung zu setzen, knüpft § 327 Abs. 1 an den Ausschluſs des Zurücknahmerechts allerdings Erfüllungswirkung

---

1) S. 100.

in ganz demselben Sinne, in welchem der Entwurf I. Lesung diese Wirkung aus der Hinterlegung als solcher ableitet. Und zwar mit vollem Recht! Ist die Zurücknahme der hinterlegten Sache ausgeschlossen, so ist sie dem Zugriff des Schuldners durchaus entrückt, liegt aber andererseits dem Gläubiger parat. Zwar ist die Sache selbst in den Kreis der wirtschaftlichen Güter des Gläubigers noch nicht übergegangen, aber statt derselben hat er das Recht, die Herausgabe derselben von der öffentlichen Hinterlegungsstelle zu verlangen. Die Durchsetzbarkeit dieses Rechtes aber ist so absolut sicher, insbesondere mit Rücksicht auf die Qualität und Organisation der zur Herausgabe verpflichteten Stelle, dafs die Auffassung, die hinterlegte und nicht mehr rücknahmefähige Sache stehe einer solchen gleich, die in Erfüllung der Obligation direkt dem Gläubiger geleistet ist, durchaus zulässig und auch für legislatorische Anwendung geeignet erscheint.

Wenn sonach die Frage der Rücknahmebefugnis insofern für die Natur des Depositionsakts von gröfster Bedeutung ist, als zwar bei ausgeschlossenem Rücknahmerecht der Hinterlegung solutorischer Charakter beiwohnt, bei bestehendem Rücknahmerecht jedoch diese Eigenschaft fehlt, so erscheint es auffallend, dafs bei der zweiten Lesung des Entwurfs die Unpfändbarkeit des Rücknahmerechts festgesetzt und an der bereits im Entwurf I. Lesung (§ 277) enthaltenen Bestimmung, derzufolge dieses Recht während des Konkurses des Schuldners weder von diesem noch von dem Konkursverwalter ausgeübt werden kann, festgehalten worden ist.

In dieser Beziehung schreibt § 326 II. Lesung vor:

> Das Recht der Zurücknahme ist der Pfändung nicht unterworfen.
>
> Wird über das Vermögen des Schuldners der Konkurs eröffnet, so kann während des Konkursverfahrens

das Recht der Zurücknahme auch von dem Schuldner ausgeübt werden.

Soviel ist allerdings ohne weiteres klar, dafs nach Erlöschen des Zurücknahmerechts der hinterlegte Gegenstand nicht zur Konkursmasse gezogen werden kann. Denn ein gröfseres Recht, als dem Kridar zustand, kann auch dem Konkursverwalter als Vertreter der Masse nicht zustehen. Wenn ein in dieser Beziehung bei der zweiten Lesung ausgesprochenes, an die Fassung des Entwurfs anknüpfendes Bedenken unberücksichtigt geblieben ist, so kann dem Entschlusse der Commission nur beigestimmt werden[1]). Die gleiche Bestimmung für den Fall des Bestehens des Rücknahmerechts zur Zeit der Konkurseröffnung zu treffen, erschien den Motiven[2]) um deswillen empfehlenswert, weil ohne eine solche Vorschrift die als Regelfall anzusehende Hinterlegung mit Rücknahmebefugnis kaum noch als eine den Schuldner befreiende Rechtshandlung bezeichnet werden könne. Nachdem nun aber bei der zweiten Lesung der Standpunkt, dafs die Hinterlegung bereits als solche solutorische Wirkung habe, verlassen worden ist, erscheint die fragliche Bestimmung doch nur als Überrest eines aufgegebenen rechtlichen Standpunkts. Dafs Gründe der Zweckmäfsigkeit und Billigkeit, abgesehen von dem konstruktiven Gesichtspunkt, es erforderlich machen, dafs dem Gläubiger der Gegenstand der Hinterlegung gesichert werde, kann den Motiven gleichfalls nicht zugegeben werden. Es will uns nicht einleuchten, warum gerade das Rücknahmerecht als ein höchst persönliches Recht des Schuldners aufgefafst werden müsse und nicht vielmehr, wie regelmäfsig alle übrigen Rechte desselben, Gegenstand der Zwangvollstreckung seitens eines

---

1) Vgl. Gruchot, Beiträge Bd. 37 S. 106.

2) S. 101.

Dritten, resp. der Geltendmachung seitens des Konkursverwalters nach Eröffnung eines Konkursverfahrens werden könne. Wir sind daher der Ansicht, dafs die diesbezügliche Bestimmung besser zu streichen sei; einer ausdrücklichen Vorschrift, wonach die hinterlegte Sache zur Konkursmasse gezogen werden könne, wie sie BÄHR[1]) vorschlägt, wird es nicht bedürfen, da diese Folge sich bei Streichung des § 326 aus der Rechtskonsequenz ohnehin ergeben würde.

Ist nach vorstehenden Ausführungen der Erfüllungscharakter der Hinterlegung mit ausgeschlossenem Rücknahmerecht wesentlich von der Möglichkeit eines leichten Zugriffs des Gläubigers abhängig, so ist die Frage, unter welchen Voraussetzungen der Gläubiger die Auszahlung des Hinterlegten zu beanspruchen befugt ist, von besonderer Bedeutung. Der Entwurf vermeidet es, in dieser Hinsicht Vorschriften zu geben, und überläfst es der Landesgesetzgebung, den Nachweis der Empfangsberechtigung zu normieren. Dagegen stellen die Motive[2]) den Satz auf: „Die Hinterlegung erfolgt für den Gläubiger“, und folgern hieraus, dafs der Gläubiger aus der unwiderruflichen Hinterlegung gegen die Hinterlegungsstelle Ansprüche auf Ausfolgung der Sache, bezw. wo nach Landesgesetz der hinterlegte Gegenstand in das Eigentum des Staates übergehe, auf Auszahlung des entsprechenden Betrages habe.

Von seiten der Kritik des Entwurfs ist getadelt worden, dafs der Entwurf selbst nicht die Frage der Empfangsberechtigung und der Bedingungen der Ausantwortung der hinterlegten Sache zu regeln unternommen hat[3]); und dieser Vor-

---

1) Gegenentwurf, Heft 2 S. 60.

2) S. 100.

3) Vgl. BÄHR, Gegenentwurf, Heft 2 S. 59; ROCHOLL und NIEDNER, Vorschläge, Anm. zu §§ 272—280 des Entw. I. Les.

wurf erscheint allerdings nicht unberechtigt, zumal wenn man den hervorgehobenen Gesichtspunkt, daſs an die Möglichkeit des Zugriffs des Gläubigers der Charakter der Hinterlegung wesentlich geknüpft ist, hinreichend würdigt. Wenn der Entwurf davon absieht, die Voraussetzungen der Ausfolgung des Hinterlegten zu normieren, vielmehr in dieser Hinsicht dem Landesrechte Raum giebt, so mag hier die von uns insbesondere im Hinblick auf das geltende preuſsische Recht oben besprochene, übrigens nicht zu billigende Auffassung nicht ohne Einfluſs geblieben sein, welche in der Annahme der Sache und der demnächstigen Ausfolgung derselben lediglich einen in Ausübung hoheitlicher Rechte bewirkten Akt der Staatsverwaltung sieht, wozu allerdings andererseits nicht recht zu passen scheint, daſs die Motive die Entstehung eines Rechtsverhältnisses zwischen dem Deponierenden und der Hinterlegungsstelle, bezw. dem Fiskus ausdrücklich behaupten. Hält man die Erwägung, welche dazu führt, die Notwendigkeit einer Regelung dieser Frage im Gesetze selbst anzuerkennen, für durchschlagend, so dürfte sich diejenige Normierung, welche Bähr in seinem Gegenentwurfe in § 266 vorschlägt, als praktisch zweckmäſsig und empfehlenswert erweisen.

Bei alledem läſst sich nicht verkennen, daſs den obenbezeichneten Bedenken gegen den Entwurf im wesentlichen durch den im Entwurf I. Lesung nicht enthaltenen, jedoch in den Entwurf II. Lesung aufgenommenen § 328 begegnet wird.

Der § 328 hat folgende Fassung:

> Soweit nach den für die Hinterlegungsstelle geltenden Bestimmungen zum Nachweise der Empfangsberechtigung des Gläubigers eine diese Berechtigung anerkennende Erklärung des Schuldners erforderlich oder genügend ist, kann der Gläubiger von dem Schuldner

die Abgabe der Erklärung unter denselben Voraussetzungen verlangen, unter welchen er die Leistung zu fordern berechtigt wäre, wenn die Hinterlegung nicht stattgefunden hätte.

Einleuchtend ist, dafs eine Erklärung des Schuldners, dieser Gläubiger sei zum Empfange des Depositums berechtigt, wohl immer ausreichen würde, um denselben der Hinterlegungsstelle gegenüber zu legitimieren.

An dieser Stelle verdient noch die Frage Berücksichtigung, ob dem Gläubiger, abgesehen von der ihm in § 328 cit. gegebenen Handhabe, ein civilrechtlicher Anspruch auf Ausantwortung der hinterlegten Sache, resp. Auszahlung des hinterlegten Betrages gegen die Hinterlegungsstelle, bezw. den Fiskus nach dem Rechte des Entwurfs zusteht, wie wir die Existenz eines solchen nach dem geltenden Rechte, wenigstens dem gemeinen und preufsischen Rechte, bejahen zu müssen geglaubt haben. Dafs diese Frage auch neben der Vorschrift des § 328 Bedeutung hat, erhellt, wenn man z. B. die Möglichkeit ins Auge fafst, dafs auf seiten des Schuldners nach der Hinterlegung eine Rechtsnachfolge (beerbter Tod) eingetreten ist, und die Legitimation der Erben auf nicht alsbald zu hebende Schwierigkeiten stöfst. In solchem Falle wäre ein direkter Anspruch des Gläubigers gegen den Depositar von nicht zu unterschätzender praktischer Bedeutung. Für die Gewährung dieses Anspruchs spricht jedenfalls der Umstand, dafs die Motive selbst die durch die Hinterlegung zwischen dem Hinterlegenden und der Hinterlegungsstelle entstehenden Beziehungen auf den Begriff eines (sc. civilrechtlichen) Rechtsverhältnisses zurückführen. Hält man nun daneben, dafs die Motive ferner ausdrücklich den Satz aufstellen, die Hinterlegung erfolge für den Gläubiger, und dafs in § 280 des Entwurfs II. Lesung ganz allgemein der Begriff eines

Vertrages zu Gunsten eines Dritten mit der Wirkung, dafs der Dritte unmittelbar das Forderungsrecht auf die Leistung erwirbt, statuiert wird, auch in § 280 Abs. 2 die Entscheidung der Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen der Dritte das Recht erwirbt, von den Umständen, insbesondere dem Zwecke des Vertrages abhängig gemacht wird, so ist damit jedenfalls die Frage gelöst, wie der Gläubiger in das Vertragsverhältnis zwischen dem Hinterleger und der Hinterlegungsstelle eintreten kann. Hiernach wird anzunehmen sein, dafs das zukünftige deutsche Recht, wenn die einschlägigen Bestimmungen des Entwurfs zum Gesetz erhoben werden, ebenfalls einen direkten Anspruch des Gläubigers gegen die Hinterlegungsstelle, resp. die Staatskasse anerkennt.

In sehr glücklicher Weise hat der Entwurf den Rechtsbehelf des Selbsthülfeverkaufs verwendet. Der § 330 des Entwurfs II. Lesung gestattet im Falle des Gläubigerverzuges bei Sachen, welche zur Hinterlegung nicht geeignet sind, die Verkaufsselbsthülfe schlechthin ohne weitere Voraussetzungen, in dieser Hinsicht die Schranken durchbrechend, welche die meisten der geltenden Rechte und für uns in Betracht kommenden Entwürfe der Anwendung dieses Rechtsbehelfs gezogen haben, und diejenige breite Grundlage acceptierend, welche in Art. 343 H.G.B. diesem Institut gegeben ist.

Der § 330 hat folgenden Wortlaut:

> Hat der Schuldner eine zur Hinterlegung nicht geeignete bewegliche Sache zu leisten, so kann er, wenn der Gläubiger im Verzuge der Annahme ist, oder wenn im Falle des § 321 Satz 2 der Verderb einer solchen Sache zu besorgen oder deren Aufbewahrung mit unverhältnismäfsigen Kosten verbunden ist, die Sache am Leistungsorte versteigern lassen und den Erlös für den Gläubiger hinterlegen. Die Versteigerung hat durch

einen für den Versteigerungsort bestellten Gerichtsvollzieher oder zu Versteigerungen befugten sonstigen Beamten oder öffentlich angestellten Versteigerer öffentlich zu erfolgen (öffentliche Versteigerung).

Die Versteigerung ist erst zulässig, nachdem sie dem Gläubiger angedroht worden ist; die Androhung kann unterbleiben, wenn die Sache dem Verderb ausgesetzt und mit dem Aufschube der Versteigerung Gefahr verbunden ist. Von der Versteigerung hat der Schuldner den Gläubiger unverzüglich zu benachrichtigen; im Falle der Unterlassung ist er zum Schadensersatze verpflichtet. Die Androhung und die Benachrichtigung sind nicht erforderlich, wenn sie unthunlich sind.

Die Kosten der Versteigerung fallen dem Gläubiger zur Last, sofern nicht der Schuldner den hinterlegten Erlös zurücknimmt.

Zu dieser Vorschrift mögen hier noch folgende Bemerkungen Platz finden.

Auf Immobilien ist der Rechtsbehelf der Verkaufsselbsthülfe nicht anwendbar, und daſs in der That das Mittel des Selbsthülfeverkaufs bei Immobilien so unzweckmäſsig wie möglich wäre, haben wir bereits hervorgehoben und bedarf hier keiner weiteren Ausführung. Indem andererseits der Schuldner sich dieses Rechtsbehelfs bei allen zur Hinterlegung nicht geeigneten beweglichen Sachen bedienen darf, erstreckt sich die Zulässigkeit desselben auf alle Mobilien, auſser Geld, Kostbarkeiten und Urkunden, sofern die Landesgesetzgebung nicht von der Befugnis Gebrauch macht, die Hinterlegung auch anderer, als der in § 321 erwähnten Sachen zu gestatten.

Die Öffentlichkeit der Versteigerung und die vorherige Denunziation derselben an den Gläubiger (letztere für den

Regelfall) sind derart wesentliche Voraussetzungen des Verfahrens, dafs ohne dieselben der Selbsthülfeverkauf der Rechtsgültigkeit ermangelt, so dafs ihn der Gläubiger nicht gegen sich gelten zu lassen braucht. Dagegen ist der Schuldner, wenn er die für den Fall, dafs sie nicht unthunlich ist, vorgeschriebene Benachrichtigung des Gläubigers von der erfolgten Versteigerung unterläfst, nur zum Schadensersatze verpflichtet.

In der öffentlichen Versteigerung mitzubieten und eventuell das Objekt zu erstehen, mufs dem Schuldner nach dem Rechte des Entwurfs ganz ebenso gestattet sein, wie bei der öffentlichen Versteigerung gemäfs Art. 343 H.G.B. Eine nichtöffentliche Versteigerung, wie solche in der erwähnten handelsrechtlichen Vorschrift nachgelassen ist, erkennt der Entwurf nicht als zulässig an. Demnach greift ein Ausschlufs des Mitbietungs- und Erstehungsrechts des Schuldners nach dem Rechte des Entwurfs in keinem Falle Platz.

Im übrigen darf erwartet werden, dafs das Detail der Lehre vom Selbsthülfeverkauf sich in der Praxis unseres zukünftigen Rechts wesentlich auf derjenigen Grundlage entwickeln wird, welche durch die Judikatur der höchsten Gerichtshöfe hinsichtlich des Art. 343 H.G.B gegeben ist, wie dies eben nur der Thatsache entsprechen würde, dafs Art. 343 cit. offenbar im wesentlichen das Vorbild für den § 330 des Entwurfs gegeben hat.

Drittes Kapitel.

Abnahmeanspruch.

§ 15.

Die im geltenden Recht vielfach kontrovertierte Frage, ob ein Anspruch des Verkäufers auf Abnahme der verkauften Sache gegen den Käufer besteht, ist im Entwurf im bejahenden Sinne entschieden worden. Der § 375 Abs. 2 der II. Lesung (§ 459 Abs. 2 I. Les.) bestimmt:

> Der Käufer wird durch den Kaufvertrag verpflichtet, dem Verkäufer den vereinbarten Kaufpreis zu zahlen und die gekaufte Sache abzunehmen.

Dem Schicksal des Entwurfs, nicht nur in den Einzelheiten, sondern auch in den prinzipiellen Fragen lebhaft umstritten zu werden, ist auch diese Vorschrift nicht entgangen. Während SPRENGER in GRUCHOTS Beiträgen Bd. 34 S. 592 ff. dieselbe im wesentlichen billigt und nur aus formellen Gründen die Fassung dahingehend wünscht, dafs der Käufer für verpflichtet erklärt werde, statt „die gekaufte Sache abzunehmen", „den Lagerplatz der verkauften Sache zu räumen", hat LABAND im Archiv für die civilistische Praxis Bd. 74 S. 303 bis 312 das Prinzip des Abnahmeanspruchs als solches angegriffen. Dem Prinzip abgeneigt scheint auch HACHENBURG (Gutachten aus dem Anwaltstande, Heft 2 S. 147) zu sein.

Die Motive[1]) begründen jene Vorschrift durch Bezugnahme auf § 215 A.L.R. I. 11, § 1062 österr. b. G.B., Art. 260 des schweizerischen Bundesgesetzes, Art. 21 des hessischen Entwurfs und Art. 453 des Dresdner Entwurfs, indem sie in diesen Kodifikationen das Prinzip des klagbaren Abnahmeanspruchs anerkannt finden und aus der Bedeutung und der Zahl dieser Kodifikationen ein praktisches Bedürfnis in dieser Hinsicht ableiten. Auch sehen sie die Abnahmepflicht, „als eine aus dem Vertrage sich ergebende und selbstständig klagbare“, in den meisten Fällen als begründet an und halten die Gefahr für vorliegend, dafs beim Schweigen des Gesetzes die Abnahmepflicht als naturale negotii verneint erschiene und nur in den Fällen zur Anerkennung gelangen würde, in welchen ihre ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung dargethan werden könnte.

Wenngleich nun allerdings, wie wir gesehen haben, in den erwähnten Kodifikationen und Entwürfen, denen noch das gemeine Recht und das Handelsgesetzbuch an die Seite zu stellen wären, ein klagbarer Abnahmeanspruch des Verkäufers anerkannt ist, so kann doch dieser Umstand noch nicht als ausreichend erscheinen, um für jedes spätere Gesetzgebungswerk ein Bedürfnis nach Statuierung der Abnahmepflicht als gegeben erscheinen zu lassen. Dafs ferner die Abnahmepflicht sich in den meisten Fällen aus dem Vertrage ergeben wird, kann nur zugegeben werden. Aber wir meinen, dafs diese Thatsache eher gegen die Notwendigkeit der gesetzlichen Statuierung einer besonderen Abnahmepflicht des Käufers zu verwenden ist, als für dieselbe. Andererseits aber werden wir, wie wir, das bestehende Recht anlangend, in der Mehrzahl der Kodifikationen die hier in Rede stehende Abnahme-

1) S. 318.

pflicht anerkannt gefunden haben, so das praktische Bedürfnis der legislatorischen Feststellung derselben bei selbstständiger Prüfung der Frage bestätigt finden.

Dem Prinzip der Abnahmepflicht des Käufers liegt dasselbe Prinzip zu Grunde, auf welchem die Lehre vom Annahmeverzug beruht, und welches darin besteht, daſs der Schuldner nicht gehalten sein soll, für die Aufbewahrung der Leistungssache über die Zeit der Fälligkeit der Obligation hinaus wirtschaftliche Opfer zu bringen. Dieser Grundanschauung entspricht es auch, wenn LABAND[1]) ausführt, daſs die Abnahme, von welcher die in Rede stehende Bestimmung des Entwurfs spricht, nicht im Sinne des § 577 II. Lesung, d. h. im Sinne der Abnahme beim Werkvertrage, somit als Anerkennung der kontraktmäſsigen Empfangbarkeit der Sache (approbatio nach der Ausdrucksweise der römischen Rechtsquellen), sondern vielmehr in der Bedeutung einer Lokalisation, einer „Fortnahme", resp. „Annahme" zu verstehen sei. Daſs auch beim Kaufe Fälle denkbar sind, bei welchen der Käufer auf Grund einer ausdrücklichen oder einer aus der Natur des Geschäfts und der Rechtsübung zu entnehmenden stillschweigenden Parteivereinbarung zur approbatio verpflichtet ist — LABAND exemplifiziert auf Fälle von Verkäufen einer Sachgesamtheit —, giebt dieser Schriftsteller selbst zu. Er hebt aber andererseits hervor, daſs zwischen Kauf und Werkvertrag insofern ein wesentlicher Unterschied bestehe, als beim Kauf der Obligationsgegenstand in der Regel schon vorhanden und entweder individuell oder durch generische Merkmale bestimmt sei, während bei Abschluſs des Werkvertrages das zu liefernde Objekt noch gar nicht existiere, vielmehr erst der Obligation entsprechend zu schaffen sei. Wäh-

1) a. a. O. S. 308 ff.

rend daher der Käufer schon beim Abschlufs des Geschäfts sehr häufig in der Lage sei, die gewählte Sache zu untersuchen und als gewolltes Leistungsobjekt anzuerkennen, in jedem Falle aber eine Tradition stattfinde, bei welcher der Käufer durch Annahme mitzuwirken habe, so dafs er, wenn er die angebotene Sache als nicht vertragsmäfsig erachte, die Annahme verweigern könne, gebe es beim Werkvertrage, dessen Grundsätze nur dann eintreten, wenn der Besteller das Material liefere, keinen anderen alle Fälle umfassenden Akt der Konstatierung des Erfüllungskonsenses als die Abnahme, zu welcher dementsprechend der Besteller als zu einer der Natur des Geschäfts gemäfs unerläfslichen Thätigkeit verpflichtet sei. LABAND leitet hieraus und aus der weiteren Erwägung, dafs beim Werkvertrage an die Abnahme als solche ganz bestimmte Rechtswirkungen geknüpft seien, die entsprechenden Wirkungen aber beim Kauf regelmäfsig bereits an die Annahme oder Übergabe gebunden seien, die Folgerung ab, dafs beim Kauf neben der Annahme eine Abnahme nicht erforderlich erscheine.

Einer Abnahme wird neben der Annahme eine selbstständige, rechtlich erhebliche Funktion allenfalls da einzuräumen sein, wo der Verkäufer aus einem von ihm zu beschaffenden Stoffe das Leistungsobjekt herzustellen hat. Dieser in § 568 II. Lesung behandelte Fall unterliegt nach der Bestimmung des Entwurfs, wie bereits nach den meisten der geltenden Rechte, den Vorschriften über den Kauf. Dafs auch in solchem Falle der Käufer beim Übergabeakt stets in der Lage sein werde, die Empfangbarkeit der Ware zu prüfen, kann doch nicht so ohne weiteres zugegeben werden. Man denke nur an den Fall der Lieferung einer komplizierten Maschine. Aber anerkanntermafsen steht gerade dieser Fall

auf der Grenze zwischen Kauf und Werkvertrag[1]) und reicht nicht aus, um für den Kauf im allgemeinen das Bedürfnis einer Unterscheidung zwischen Annahme und Abnahme als gegeben erscheinen zu lassen. Vielmehr kann darin LABAND nur beigetreten werden, daſs, was den Kauf im allgemeinen anlangt, das Bedürfnis einer solchen Unterscheidung nicht besteht. Wir tragen daher kein Bedenken, auch darin der Ansicht LABANDS beizupflichten, daſs unter Abnahme im Sinne des § 375 cit. nicht „approbare", sondern „annehmen" zu verstehen ist.

Fragen wir uns nun, worin die wirtschaftlichen Opfer bestehen, welche der Verkäufer für die Aufbewahrung der Sache über die Zeit der Fälligkeit der Obligation hinaus zu bringen haben würde, so ist zu antworten, daſs hier insbesondere einmal die auf die Verwahrung aufzuwendende Mühewaltung, sodann die Vorhaltung des für die Aufbewahrung erforderlichen Raumes in Betracht käme. Daſs speciell die Notwendigkeit, den für die Aufbewahrung der Sache erforderlichen Raum zu gewähren, dem Verkäufer vielfach auſserordentlich lästig sein würde, ist gar nicht zu bestreiten. SPRENGER giebt in dieser Beziehung folgendes Beispiel[2]): Ein Fabrikant hat, hauptsächlich um auf seinem Etablissement Platz zu schaffen, einem Landwirt 40 Fuder Kohlenasche für den geringen Preis von 2 Mark verkauft. Der Landwirt läſst die Kohlenasche nicht abfahren, während der Verkäufer ein dringendes Interesse daran hat, den Lagerungsplatz der Sache für andere zur ungestörten Fortsetzung des Betriebes erforderliche Materialien ohne Verzögerung frei zu erhalten. Daſs mit einem weitläufigen Schadens-

1) Vgl. Motive Bd. II S. 474—476.

2) a. a. O. S. 601.

ersatzprozefs hier dem Verkäufer nicht gedient wäre, liegt auf der Hand. Auch das ferner von SPRENGER angeführte Beispiel[1]), dafs ein immerhin vielleicht nur einen kleinen Raum erfordernder Schrank aus dem räumlich beschränkten Verkaufsmagazin des Händlers nicht abgeholt worden ist, ist belehrend. Wenn aber SPRENGER das Prinzip des Abnahmeanspruchs des Verkäufers auf das lokale Interesse zurückführen will, welches jeder Verkauf einer körperlichen Sache mit sich bringe, so ist diese Grundlage doch eine zu schmale. Neben den eben charakterisierten Fällen werden vielfach auch solche vorkommen, bei welchen dem Verkäufer daran, dafs er den für die Aufbewahrung der Sache erforderlichen Lagerraum entbehren mufs, nicht eben viel gelegen ist. Andererseits aber wird der Schuldner, wenn auch nach eingetretenem Annahmeverzug seine Haftungspflicht herabgesetzt ist, dennoch von derselben nicht befreit, bleibt vielmehr verbunden, wenigstens grobe Fahrlässigkeit zu vertreten. Dafs der Verkäufer vor Erfüllung seiner Verbindlichkeit immer noch mit dem Fortbestehen derselben in seinen Dispositionen rechnen mufs, sollte doch auch nicht aufser Betracht bleiben. Wir meinen, dafs danach das lokale Interesse zur Begründung des Abnahmeanspruchs des Verkäufers nicht ausreicht, dieser Anspruch vielmehr auf das allgemeine Interesse des Verkäufers, von der Pflicht weiterer Aufbewahrung und Verwahrung der Sache befreit zu werden, zurückgeführt werden mufs. Hieraus ergiebt sich dann auch, dafs es keinen Beifall verdient, wenn SPRENGER die bezügliche Bestimmung des Entwurfs dahin abzuändern empfiehlt: „Der Käufer wird durch den Kaufvertrag verpflichtet, dem Verkäufer den vereinbarten Kaufpreis zu

---

1) S. 594.

zahlen und den Lagerplatz der verkauften Sache zu räumen."

Man wende nicht ein, dafs, wie das entwickelte Prinzip auch den Wirkungen des Annahmeverzuges zu Grunde liegt, so aus den vorstehenden Erörterungen nicht eigentlich das praktische Bedürfnis nach Anerkennung des Abnahmeanspruchs abzuleiten sei, dafs vielmehr aus denselben nur die Notwendigkeit gefolgert werden könne, im Falle des Annahmeverzuges zu Gunsten des Verkäufers, wie jeden anderen Schuldners, eine Abschwächung der Schuldverbindlichkeit eintreten zu lassen, und demselben jene Rechtsbehelfe zu gewähren, durch deren Zuhülfenahme der Schuldner sich auch ohne Abnahmeanspruch von der ihm lästigen custodia-Pflicht befreien kann. Von den gedachten Rechtsbehelfen könnte hier allein die Verkaufsselbsthülfe in Betracht kommen. Wie nun aber, wenn in dem vorgedachten Beispiel Niemand dem Fabrikanten die Quantität Kohlenasche abkaufen will[1]? Dann würde er sie, falls man ihm den Abnahmeanspruch nicht gewährt, nach dem Rechte des Entwurfs eben behalten müssen, ein Resultat, über dessen praktische Unzuträglichkeit kein Zweifel obwalten kann. Der Fall braucht aber nicht nur so zu liegen, dafs an sich so wenig wertvolle Objekte wie Kohlenasche den Gegenstand des Geschäfts bilden. Auch bei an sich wertvolleren Objekten kann der Rechtsbehelf der Verkaufsselbsthülfe unter Umständen versagen. Aus der Praxis ist uns der Fall bekannt, dafs ein Landwirt eine gröfsere Quantität Rüben verkaufte und, als der Käufer (Kaufmann) dieselben zum verabredeten Termine nicht abnahm, sich durch Verkauf der Ware schadlos zu halten suchte, jedoch ohne Erfolg. Denn inzwischen war ein derartiger Preissturz der Rüben eingetreten, dafs die-

1) Vgl. Sprenger a. a. O.

selben geradezu unverkäuflich waren. Ohne Abnahmeanspruch hätte es im vorliegenden Fall für den Landwirt kein praktikabeles Mittel gegeben, sich von der Pflicht, die Rüben bei sich lagern zu lassen, zu befreien. Allerdings ist der Verkäufer, wenn sich, wie in dem letzterwähnten Beispiel das Geschäft als Handelskauf qualifiziert, nach Art. 343 H.G.B. auch befugt, die Ware auf Gefahr und Kosten des Käufers in einem öffentlichen Lagerhause oder bei einem Dritten zu hinterlegen. Allein einen ausreichenden Ersatz für den Abnahmeanspruch gewährt auch der Rechtsbehelf der Deposition in dem in Rede stehenden Falle nicht, da jedenfalls der Verkäufer, wenn er von diesem Rechtsbehelf Gebrauch machen wollte, in die Notwendigkeit versetzt wäre, die Aufbewahrungskosten für den säumigen Käufer auszulegen. Dazu kommt, dafs der Entwurf wenigstens den Rechtsbehelf der Deposition eben nur bei Geld, Urkunden und Kostbarkeiten zuläfst, so dafs, wenn nicht wenigstens der eine der Kontrahenten Kaufmann ist, oder den Gegenstand des Geschäfts nicht eine Ware im Sinne des Art. 343 H.G.B. bildet, der Verkäufer auf das Mittel der Deposition nicht zurückgreifen kann.

Auch die Erwägung würde nicht durchgreifen, dafs richtiger Ansicht nach bei Geschäften, auf welche der Art. 346 H.G.B. Anwendung findet, die Frage der Zulässigkeit eines Abnahmeanspruchs nicht von den Vorschriften des bürgerlichen Rechts abhängt, vielmehr in der citierten Bestimmung für Handelskäufe ein Abnahmeanspruch allgemein eingeführt ist, und dafs, da vielfach auf die hier in Frage kommenden Thatbestände der Begriff des Handelskaufs anzuwenden, ein Bedürfnis der Anerkennung des Abnahmeanspruchs im bürgerlichen Recht um so weniger bestehe. So unbestreitbar die Thatsache ist, dafs, wo überhaupt die Statuierung einer Abnahmepflicht des Käufers ein Bedürfnis ist, vielfach schon auf Grund des Art. 346 cit.

geholfen werden kann, so glauben wir doch andererseits behaupten zu dürfen, dafs die vorstehenden Erörterungen, dafern sie für Handelskäufe den Abnahmeanspruch des Verkäufers als ein legislatorisches Postulat erscheinen lassen, damit zugleich auch für das bürgerliche Recht die Zulassung jenes Anspruchs als praktisch zweckmäfsig und einem Bedürfnis entsprechend erweisen. Immerhin dürften sich nicht vereinzelte Fälle denken lassen, auf welche die Vorschrift des Art. 346 H.G.B. unanwendbar ist; und einen Unterschied zu machen, je nachdem die Kontrahenten Kaufleute sind oder nicht, erscheint für die uns hier beschäftigende Frage ohne Grund.

Gelangen wir sonach zu dem Resultat, dafs die Anerkennung eines klagbaren Abnahmeanspruchs des Verkäufers im Entwurf nur zu billigen ist, so erscheinen demgegenüber auch die Darlegungen LABANDS[1]) über die angebliche Unzuträglichkeit der Statuierung jenes Anspruchs als nicht durchschlagend. Die Beispiele, welche LABAND zur Begründung seiner Ansicht heranzieht, sind, wie zuzugeben ist, allerdings so gestaltet, dafs die Erhebung einer Klage auf Abnahme in diesen Fällen zum mindesten befremdend wirken würde. Aber dafs dennoch jene Beispiele die Unzweckmäfsigkeit des vom Entwurf eingenommenen Standpunkts nicht erweisen, dürfte durch die Deduktionen SPRENGERS[2]), welcher jene Beispiele eingehend besprochen hat, dargethan sein, und glauben wir uns damit begnügen zu können, auf die Ausführungen dieses Schriftstellers zu verweisen. Nur soviel mag an dieser Stelle hervorgehoben werden, dafs in Fällen, wie sie LABAND anführt, der Verkäufer sich in der Praxis schwerlich für eine Klage

---

1) S. 307.
2) S. 597.

auf Abnahme entscheiden wird. Der Umstand aber, daſs ein Rechtsbehelf für gewisse Fälle unzweckmäſsig und vielleicht sogar überflüssig erscheint, rechtfertigt gewiſs den Schluſs nicht, daſs er überhaupt zu verwerfen sei. Sollte dennoch aber ein sonderbarer Kauz auf Abnahme einer Druckschrift, auf welche abonniert ist, welche der Besteller aber nicht mehr haben will, oder auf Abnahme eines Brautkranzes, der, weil der Bräutigam kurz vor dem festgesetzten Hochzeitstage gestorben ist, nicht mehr gebraucht wird, klagen, so wird es dem andern Teil nicht eben allzu schwer werden, sich von dem ihm unangenehme oder schmerzliche Empfindungen bereitenden Anblick zu befreien oder gegen denselben zu schützen. Die Frage der Zweckmäſsigkeit des Abnahmeanspruchs im allgemeinen kann durch diese Erwägungen nicht berührt werden.

In Anerkennung des Abnahmeanspruchs beim Kauf stimmt der Entwurf mit einem groſsen Teil der bisher geltenden Rechte überein. Es fragt sich aber, ob Gründe dafür sprechen, über die Grenzen des Kaufgeschäfts hinaus in unserem werdenden Recht dem Gläubiger eine Klage auf Annahme zu gewähren. Der Umstand, daſs rein theoretisch die Annahme nur ein Recht, nicht aber eine Pflicht des Gläubigers ist, kann für die aufgeworfene Frage noch nicht entscheidend sein. Denn für den Gesetzgeber sind in erster Linie Zweckmäſsigkeitsrücksichten entscheidend, theoretische Erwägungen kommen erst in zweiter Linie in Betracht. Sieht der Gesetzgeber einen Annahmeanspruch des Gläubigers schlechthin als ein Bedürfnis an, und entschlieſst er sich demgemäſs, einen derartigen Anspruch anzuerkennen, so ist für das in Frage kommende Rechtsgebiet Annahme nicht nur ein Recht, sondern auch eine Pflicht des Gläubigers,

zu welchem Resultat auch immer eine aprioristische Betrachtung führen mag.

Soviel ist allerdings ohne weiteres einleuchtend, dafs ein für alle Obligationen geltender Abnahmeanspruch nicht gewährt werden kann. Dies ist insbesondere hinsichtlich der auf ein Thun abzielenden Obligationen der Fall. Der Arzt, den ich engagiert habe, hat nur Anspruch auf das verabredete Honorar; dafs ich ihm meinen Körper zur Behandlung überlasse, kann er nicht verlangen. Nicht anders erstreckt sich der Anspruch des Malers, den ich mit Aufnahme meines Porträts beauftragt habe, nur auf den vereinbarten Preis; mich von ihm malen zu lassen, bin ich ebensowenig verpflichtet, als ich gehalten bin, mir den Unterricht eines von mir angenommenen Lehrers gefallen zu lassen. Auch diesem gegenüber erschöpfen sich meine obligatorischen Pflichten in der Zahlung des Honorars. Diese Fälle liefsen sich beliebig vermehren; sie ergeben das unzweifelhafte Resultat, dafs, was die obligationes faciendi anlangt, die These, dafs Annahme nur ein Recht und keine Pflicht des Gläubigers ist, nicht nur theoretisch richtig ist, sondern allgemein auch praktischen Zweckmäfsigkeitsrücksichten entspricht. Das Interesse, welches allenfalls der Arzt, der Maler, der Lehrer an der Annahme der versprochenen Leistungen durch mich haben könnte und welches im wesentlichen als dahingehend zu denken wäre, durch Ausführung der Arbeiten den wissenschaftlichen oder künstlerischen Ruf gehoben zu sehen, ist in der That, wie KOHLER treffend bemerkt[1]), kein obligationstüchtiges Interesse.

Wenn sonach der Werkmeister nicht beanspruchen kann, dafs der Besteller die zur Herstellung des bestellten Werkes erforderliche Mitwirkung gewähre, so verhält es sich doch

1) a. a. O. S. 280—281.

anders, wenn das bestellte Werk hergestellt ist. Entspricht es einem legislatorischen Postulat, dem Verkäufer einen Anspruch auf Annahme der Kaufsache gegen den Käufer zu gewähren, so ist es nicht mehr als billig, zu Gunsten des Werkmeisters, der das ihm aufgetragene Werk vollendet hat, eine entsprechende klagbare Pflicht des Bestellers zu statuieren. Das Verhältnis des Bestellers zu dem Werkmeister, der das bestellte Werk fertig ausgeführt hat, ist demjenigen des Käufers dem Verkäufer gegenüber zu ähnlich, als daſs in der hier fraglichen Hinsicht eine verschiedene Normierung am Platze wäre. Demgemäſs ist es nur zu billigen, wenn der Entwurf II. Lesung in § 577 bestimmt:

> Der Besteller ist verpflichtet, das vertragsmäſsig hergestellte Werk abzunehmen, sofern nicht nach der Beschaffenheit des Werkes eine Abnahme ausgeschlossen ist.

Zu beachten ist hierbei nur, worauf oben schon hingewiesen wurde, daſs die Abnahme im Sinne des § 577 durchaus verschieden ist von der Abnahme, von welcher beim Kauf die Rede ist. Die erstere hat die Bedeutung der approbatio; daſs aber der Entwurf gerade in Bezug auf sie eine Verpflichtung des Bestellers statuiert, entspricht dem Wesen des Werkvertrages und der beherrschenden Stellung, welche innerhalb der Struktur desselben die approbatio einnimmt.

Daſs, was die Veräuſserungsverträge anbelangt, abgesehen vom Kauf, auch beim Tausch ein Annahmeanspruch besteht, folgt aus der Natur dieses Rechtsgeschäfts und ergiebt sich für das Recht des Entwurfs aus § 462 II. Lesung, wonach auf den Tausch die Vorschriften über den Kauf entsprechende Anwendung finden sollen.

Es ist aber ferner auch die Behauptung aufgestellt worden, daſs, sofern man dem Verkäufer einen Abnahmeanspruch gewähre, kein Grund erkennbar sei, weshalb dieses Prinzip

nicht auf Veräufserungskontrakte im allgemeinen auszudehnen sei[1]). Allein dieser Ansicht kann nicht beigetreten werden. Man denke nur an den Fall, dafs jemand sich rechtsgültig verpflichtet hat, einem andern zu einem bestimmten Termin eine Sache schenkungsweise zu übertragen. Es liegt auf der Hand, dafs die Auffassung, der Beschenkte könne, wenn er zur Zeit der Fälligkeit seiner Forderung die Sache nicht mehr haben will, im Klagewege zur Annahme genötigt werden, geradezu unannehmbar wäre. Die allerdings zuzugebende relative Seltenheit eines solchen Falles nimmt demselben, wie wir meinen, nichts an Beweiskraft, und so wird man zugeben müssen, dafs das in Rede stehende Prinzip nur bei entgeltlichen Veräufserungsgeschäften zur Anwendung kommen kann, hier allerdings ohne strikte Beschränkung auf Kauf und Tausch. Wenn z. B. ein Werkvertrag dahin geschlossen ist, dafs der eine Kontrahent gegen die Ausführung eines Werkes dem andern nicht Geld, sondern eine Ware zu liefern hat, so ist es ganz unbedenklich, dafs der Werkmeister eventuell durch Klage zur Abnahme der das Äquivalent für das Werk bildenden Sache genötigt werden kann. Hierfür würden unverkennbar die Rechtslogik und das Prinzip analoger Anwendung der Gesetze sprechen, wenn nicht bereits die angegebene Thatsache sich aus dem in den Entwurf bei der zweiten Lesung eingestellten § 386 ergeben würde.

Abgesehen von den bezeichneten Rechtsgeschäften, gewährt der Entwurf einen Abnahmeanspruch noch dem Depositar gegen den Hinterleger. Der einschlägige § 636 II. Les. lautet:

> Der Verwahrer kann, wenn eine Zeit für die Aufbewahrung nicht bestimmt ist, jederzeit die Rücknahme

---

1) So Hachenburg, Gutachten Heft 2 S. 147.

der hinterlegten Sache verlangen. Ist eine Zeit bestimmt, so kann er die vorzeitige Rücknahme nur verlangen, wenn ein wichtiger Grund hierfür vorliegt.

Die Motive [1]) berufen sich zur Rechtfertigung dieser Vorschrift auf das geltende Recht. Es kann jedoch mit Rücksicht auf die Fassung der geltenden Gesetze zweifelhaft erscheinen, ob dieselben einen klagbaren Anspruch auf Annahme der deponierten Sache verleihen und nicht vielmehr sich damit begnügen, eine Vorschrift über Voraussetzungen und Beginn der mora creditoris zu geben [2]). Für das Recht des Entwurfs erscheint es jedoch unzweifelhaft, daſs der § 636 cit. eine Klage auf Abnahme, entsprechend dem Abnahmeanspruch des Verkäufers, einführen will.

Im vorstehenden sind diejenigen Rechtsgeschäfte erschöpft, bei welchen der Entwurf das Prinzip, daſs der Gläubiger zur Annahme der schuldnerischen Leistung verpflichtet sei, zu gesetzlicher Geltung gelangen lassen will. Allerdings ist von Sprenger [3]) die Ansicht verfochten worden, daſs dieses Prinzip auch dem Mietsrechte nicht fremd sei. Dieser Autor erblickt die Geltung jenes Prinzips im Mietsrechte in der Thatsache, daſs der Mieter nach Beendigung des Mietsverhältnisses verpflichtet sei, diejenigen Anlagen fortzunehmen, welche er an der Mietssache angebracht hat. So unzweifelhaft nun z. B. der Mieter verpflichtet ist, einen von ihm hergestellten, dem

1) Bd. II S. 583.

2) Es kommen hier in Betracht: §§ 46, 47 A.L.R. I. 14; § 962, 963 österr. b. G.B.; § 1268 sächs. b. G.B.; schweiz. Bundesgesetz Art. 479. Vgl. auch hess. Entw. Art. 328 Abs. 1 u. 2; bayer. Entw. Art. 667; Dresd. Entw. Art. 806 Abs. 2. — Bemerkt werden mag, daſs Dernburg, preuſs. Privatr. II S. 610 Anm. 14 (3. Aufl.) die diesbezügliche Bestimmung des preuſsischen Rechts im Sinne eines klagbaren Abnahmeanspruchs nicht zu verstehen scheint.

3) a. a. O.

Vermieter nicht genehmen Anbau an dem vermieteten Hause fortzunehmen, wenn der Mietsvertrag sein Ende erreicht hat, so kann diese Verpflichtung doch nicht als Ausflufs des Prinzips der Annahme- resp. Fortnahmepflicht des Gläubigers aufgefafst werden. Diese Verbindlichkeit gehört vielmehr, ohne Rücksicht auf die Frage, ob eine Annahmepflicht des Gläubigers auch nur in Bezug auf einzelne Kategorien von Rechtsgeschäften anzuerkennen sei, zu dem Pflichtenkreis des Mieters. Sie entspricht dem übrigens auch von SPRENGER in Bezug genommenen, in § 498 II. Les. zum Ausdruck gebrachten Rechtsgrundsatz, demzufolge der Mieter verbunden ist, die Mietssache nach Beendigung des Vertragsverhältnisses, so wie er sie empfangen, zurückzugewähren. Von diesem Standpunkt aus aber erscheint ein Verzug in Erfüllung der hier in Rede stehenden Pflicht nicht als mora accipiendi, sondern als mora debitoris, verdient also keinen Platz bei Erörterung derjenigen Befugnisse, welche das Recht im Falle des Gläubigerverzuges dem Schuldner zur Verfügung stellt.

Pierer'sche Hofbuchdruckerei. Stephan Geibel & Co. in Altenburg.

